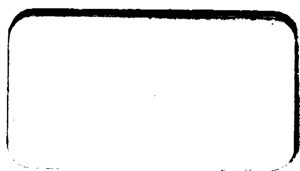
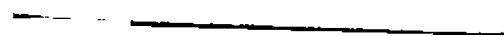




EY
LGC.
WHL







IUS CIVILE ROMANUM

FRANCISCUS GASPAROLO

IUS CIVILE ROMANUM

Volumen primum

DE IURE PERSONARUM ET FAMILIAE



SENIS

EX OFFICI A TYP. S. BERNARDINI

1899



Quas paucis abhinc annis praelectiones Pandectarum publice habuimus, nunc in lucem edere mens fuit. Non quasi aliquid novi proponere putaverimus, sed potius ut veterum recoleretur discipulorum memoria. Ceterum apertis verbis fatemur quod adamussim ex principalioribus hac in re scriptoribus omnia pene hausimus, quorum nomina in altera voluminis parte recensentur.

Methodus prorsus scholastica, prout alumnis prodesse censemus, quamque praetergredi, nostra quidem sententia, causa est cur interdum iuris romani systema haud perfecte cognoscatur.

Hunc ordinem in tractatione secuti sumus, ut, duabus eiusdem partibus distinctis, in prima earum quidquid ad iuris analysim conferret breviter enuclearetur, in altera vero, veluti ad synthesim assurgentes, praecipua in appositis notis locum invenirent, quae in disputationem vel pressius ad eruditionem reduci possent. Quapropter alumnus, qui in prima parte didicit, in altera indigitatam sibi ulteriorem inveniet viam, qua, si mavult, progrediatur.

Fortasse quis a nobis quaeret curnam lingua latina usi fuerimus. Multiplex ratio: tum quia eadem nobis inserviit in scholis iuri romano tradendo — tum quia denegari non potest quod ius romanum aptius in lingua latii quam in vulgari exponitur — accedit et tertia ratio, quae nostris temporibus aspernenda haud videtur. Nimirum, quia cum

bene multis rei literariae scientiarumque cultoribus semper lamentati sumus huius morituri saeculi inductum morem, ut menti humanae nuperrime et miro modo adquisita patrimonia in tot tamque diversos dividerentur sermones. Eo res fere devenit, quo olim babelicae turris constructores devenerunt, qui, lingua confusi, amplius procedere non valuerunt et unusquisque per aliam progredi viam coactus est. Simili modo — rebus sic stantibus — non una, sed tot literariae respublicae et scientiarum inter se veluti peregrinae per diversas procedunt vias. Nec spes utique effulget, ut ex omnium vigentium linguarum notitia difficultas procul abeat; nam huiusmodi notitia paucorum privilegium esse potest, et tempus non raro insumitur in ipsarum scientiarum detrimentum. Hinc intelligitur curnam aetas nostra eruditionis magis copia praefulgeat quam profunditate doctrinae, et curnam maxima nunc vigeat confusio, ut dum hic construi reputatur, illic, quod constructum est, destruatur.

Tandem, ut quaedam de norma dicamus, quam sequi de coetero proposuerimus, animadvertendum ducimus quod ad alia volumina deveniemus, in quibus sermo erit de iure obligationis, de iure in re, de iure haereditatis et de iure actionis.

Profecto longum iter: attamen idipsum adgredi conabimur, si, Deo favente, et tempus et corporis mentisque tranquillitas suppetant.

Non remanet nisi optemus quod primum hoc volumen in usum discipulorum ex iuris romani elementis elaboratum, saltem et aliorum indulgentiam promereatur, quibus prae oculis occurrere possit.

Dabamus Romae, die XXXI Martii MDCCCXCIX.

FRANCISCUS GASPAROLO.

PARS PRIMA

TRACTATUS PRIMUS

DE JURE PERSONARUM

SECTIO PRIMA — DE PERSONA PHISICA

CAPUT I.

DE EXISTENTIA.

§ 1. *Requisita.*

I — Tunc perfecte dicebatur homo existere quando separatus fuisset a ventre matris — natus fuisset vivens — et quidem cum forma humana. Alii addunt quartam conditionem, quando nempe natus fuisset non solum vivens, sed vitalis.

II — Partus nondum *editus* homo non recte dicebatur; partus, antequam ederetur, mulieris portio erat vel viscerum (1). Lex tamen multipliciter partum defendebat, quia reipublicae intererat non solum existentiam, sed etiam eius possibilitatem defendere. Quare prohibebat quominus mulier praegnans, si mortua, sepeliretur antequam partus eius excideretur (2) — Item, prohibebat quominus mulier praegnans, capite damnata, poenam sustineret antequam pareret (3) — Interdum etiam fictione juridica tamquam editum considerabat partum adhuc in ventre matris existentem; et hoc quando de eius juribus et commodis ageretur (4), speciatim vero quoad actus ultimae voluntatis (5). Necesse tunc erat quod jam conceptus esset, quum de eius iure ageretur; secus absolute *nasciturus* seu nondum conceptus nihil proficiebat (6).

III — Puer nasci debebat *vivens*. Qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur, quia liberi nunquam appellari potuerunt (7). Neque requirebatur quod naturaliter nasceretur; etiam is, qui exsecto

(1) l. 1, 1, xxv, 4; l. 9, 1, xxxv, 2.
(2) l. 2, xi, 8.
(3) l. 18, i, 5; l. 3. xlviii, 19.
(4) ll. 7; 26, I. 5; l. 231, L, 16.
(5) par. 26-28 i. ii, 20; par. 2 i. f. iii, 1; pr. iii, 9 ib.; l. 26, i. 5; l. 28, V. 1; l. 6 pr. V. 2; ll. 3; 4, V. 4; l. 4, xxviii, 2; l. 6 pr. xxviii, 3; ll. 30; 84, xxix, 2; ll. 5. 1; 6; 7, xxxiv, 5; l. 1, 8, xxxviii, 8; l. 7, xxxviii, 16; l. 36, xlvi, 3.
(6) l. 6 pr. xxviii, 3; l. 1, 8, xxxviii, 8; l. 6, xxxviii, 16.
(7) l. 129, L. 16. Cf. Paul. *Sent.* iv, 9, 6; l. 2. C. vi, 29.

ventre edebantur, nati dicebantur (8). Ceterum quaestio inter Proculeianos vigebat et Sabinianos circa vitae probationem: illi quod puerulus vocem emisisset exigebant; isti denegabant. Istorum Iustinianus laudavit sententiam (9).

IV — Qui nascebatur, opus erat ut esset in *forma humana.* Non enim sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, quique alterius magis animalis quam hominum partum prae se ferunt (10). Hoc in casu *monstrum* vel *prodigium* haberetur (11).

Non tamen quidquid contra cursum ordinarium est naturae statim *prodigium* dici potest, eo sensu ut sit substantialiter humanitas deneganda (12). Ulpianus *non integrum animal* vocat huiusmodi partum (13). Quando vero *prodigium* dicendum sit ut denegari ei debeat humanitas, quando non, quaestio est phisiologis potius relinquenda. Proinde videtur quod immerito a quibusdam l. 44, XI, 7 invocetur, a capitis conformatione criterium suum desumentibus; lex cit. juxta alios, nullam prorsus cum nostra quaestione connexionem habet.

V — Quoad quartam conditionem, quod nempe partus esse deberet *vitalis,* non omnes conveniunt.

CAPUT II.

DE CAPACITATE JURIDICA.

§ 2. *Libertas.*

I — Ille dicebatur perfecta capacitate juridica gaudere, qui tria haec elementa habebat: *libertatem, civitatem, familiam* (1). Et haec tria *statum* seu *caput* constituebant (2).

Ad *libertatem* quod attinet, homines alii erant liberi, alii servi (3). Imprimis de liberis; dein de servis.

(8) l. 12 pr. XXVIII, 2.

(9) l. 3. C. VI, 29.

(10) Paul. IV, 9, 3; l. 14, i. 5. Cf. l. 135, L. 16.

(11) l. 3 C. i. f. VI, 29. Cf. Paul. IV, 9, 3, 4; l. 14, i. 5; l. 135, L. 16.

(12) Arg. ll. 38; 135, L. 16; Paul. IV, 9, 4.

(13) l. 12, XXVIII, 2.

(1) l. 11, IV, 5.

(2) Hoc verbum *caput* generatim significabat hominem, et proinde etiam servum: l. 195, 2, L, 16; l. 3, l, IV, 5. Dein traductum fuit ad personalitatem juridicam significandam: unde servus non habebat *caput*, seu potius habebat *caput servile*, quod est denegatio personalitatis. Cf. par. 4 i. L, 16; l. 3, 1, IV, 5.

Status habebat sensum latiorem, quia non solum perfectionem capacitatis juridicae significabat prout in casu nostro, sed etiam quamcumque conditionem personalem.

(3) Gai. I, 9; pr. i. I, 3; l. 3. I, 5.

II — Liberi denuo distinguebantur; nam alii erant *ingenui*, alii *libertini*. Ingenui erant, qui liberi nascebantur; libertini, qui ex justa servitute manumissi erant (4). De libertinis agemus infra (5). Liberi vero quandonam nascerentur attendere opus erat ad matrem. Mater liberum pariebat quotiescumque et ipsa libera fuisset tempore quod a conceptione ad nativitatem producitur; (6) in hoc romani jus naturale prosecuti sunt favore libertatis (7). Et si quando hanc regulam antevertere pertentaverint, statim tamen ad eamdem regressi sunt (8).

§ 3. *Servitus iuris.*

I — Servi erant qui in justa servitute morabantur. Iusta autem servitus illa erat quam leges romanae approbabant.

II — Modus *originarius*, quo quis servus fiebat, erat captivitas: *servus a servando* in bello (1). Modus iste petebatur a jure gentium (2).

Alii modi extabant *derivati*, quos inter nativitas eminebat. Regula, pariter juris gentium, erat quod proles conditionem matris sequeretur, quia solummodo mater certitudinem praebere poterat conditioni infantis (3). — Item, si quis censui se subtraxisset (4). — Si quis militiam deseruisset (5). — Fur manifestus qui addicebatur ei, cui furtum fecerat (6). — Is, qui solvendo impar et creditori adiudicatus, non invenisset intra legitima tempora vindicem libertatis (7). — Foemina, quae servili amore debacchata, contra domini voluntatem alieno servo co-

(4) Gai. I. 10, 11; Dosit. 4, pr. i. I, 3; pr., 1, I. 4; pr. I, 5 ib.

(5) V. par. 6.

(6) Gai. I, 82; Paul. II, 24, 1-3; Ulp. V. 10; pr. i. I., 4; l. 5, 2, 3, I, 5.

(7) Gai. I, 83; Paul. II, 24, 2.

(8) Gai. I, 84, 85.

(1) par. 3 i. I, 3; l. 4, 2, I, 5; l. 239, L, 16. Cf. Cic. *de off.* I, 11, 24; Virg. *Aen.*, X, 525. Est origo simpliciter etymologica.

(2) Proinde romani captivitatem et servitutem admittebant circa suos, qui in bello capti essent. Imo sufficiens erat quod quis captus esset a populo cum quo non fuisset bellum actualiter, sed cum quo neque foedus neque amicitia: l. 5, 2, XLIX, 15. Bellum vero non intelligebatur bellum civile, vel cum praedonibus: ll. 19, 2; 21, 1; 24, XLIX, 5.

(3) Ius civile in praxi mutavit hanc regulam, sicuti docet Gai. I, 84 seq. Nam a) si quis servae, quam liberam putabat, se coniunxisset, proles masculina libera erat, foeminina autem serva. Vespasianus ad regulam regressus est — b) si libera contubernium iniisset cum servo, proles poterat nasci serva, si tale pactum fecisset cum domino. Hadrianus pariter ad regulam regressus est — c) si libera contra domini voluntatem servo alieno se coniunxisset, post tertiam denuntiationem tamquam serva ipsi domino adiudicabatur (Paul. II, 21.[a]). Proles tamen serva nascebatur, etiamsi nata fuisset ante adiudicationem. Iustinianus abolevit et hanc exceptionem: par. 1, i. III, 12.

(4) Gai I, 160; Ulp. XI, 11; Cic. *pro Caec.* 34.

(5) Cic. l. c.

(6) Gell. XI, 18, 8; XX, 1, 7; Servius, *Ad Aen.* VIII, 205; Plaut. *Poen.*, IV, II, 11. Gaius tamen memorat quamdam inter veteres controversiam, III, 189.

(7) Gell. XX, 1, 48 et seq.; Quintil. III, 6, 84. Cf. Niebuhr, *Röm. Gesch.*, II, 670-2.

ivisset (8). — Dediticius, qui contra legem Aeliam Sentiam in urbe Roma domicilium habuisset (9). — Qui poenis quibusdam damnabantur, scilicet ad metallum, ad bestias etc. (10). — Libertus ingratus in patronum suum (11). — Liber homo, maior XX annis, qui fraudulenter se venundari passus sit ad pretium participandum (12).

III — Servus non habebat personam (13) et potestas domini eius velut dominio comparabatur (14) — Quoddam tamen simulacrum capacitatis juridicae retinebat; nam e. g. obligationes propriae in servitute contractae post manumissionem recognoscebantur — obsequium exigebatur inter parentes (15) — admittebantur impedimenta matrimonialia (16) — actio nascebatur domino ex injuria servo facta (17) — servus publicus aliqualem facultatem testandi habebat (18) — bona servo sub nomine *peculii* agnoscebantur, quod peculium tum ex iis bonis quae dominus concessisset (19), tum ex iis quae parsimonia vel officio servus sibi comparasset constabat (20).

IV — Servitus cessabat pluribus modis, quorum solemnior erat manumissio (21).

§. 4. *Servitus facti.*

I — Servituti proximus erat homo in pluribus aliis casibus, qui in jure citantur, videlicet:

1. *homo liber*, qui veluti servus b. f. possidebatur.

2. qui ante legem Iuniam Norbanam spretis solemnitatibus vel non a domino quiritario manumissus fuisset. Hic in *libertate facti* morabatur; juridice erat servus.

(8) Gai. I, 91, 160, cf. 84; Ulp. XI, 11.

(9) Gai. I, 160.

(10) par. 3 i. I, 12; ll. 11, 3; 17; 29, XLVIII, 19; Plin. *Ep.* X, 49. Sed cf. Nov. XXII, 8.

(11) l. 6, 1 XXV, 3; l, 2 C. VI, 7. Cf. l. 1 C. Th. IV, 10.

(12) par. 4 i. I, 3; l. 7, XL, 12; ll. 1, 1; 5, XL, 13.

(13) l. 32, L. 17 Cf. l. 3, 1 IV, 5; l. 2 pr., 2, IX, 2.

(14) l. 215, L. 16. Officia servorum vide penes Marquardt, *Röm. Privatl.* I, 140-150.

(15) l. 4, 3, II, 4.

(16) l. 14, 2, XXIII, 2. Contubernium servus contrahere non poterat invito domino Cf. Varr. *de r. r.* I, 17, 5.

(17) l. 15, 34, 35, 45, 48, XLVII, 10. Quoad servum iniuria proprie non intelligebatur: Gai. III, 222; par. 3. i. IV, 4.

(18) Ulp. XX, 17.

(19) l. 5, 4, XV, 1; Isid. *Orig.* V. 25. 5.

(20) l. 39, XV, 1. Quare ad peculium constituendum requirebatur domini voluntas: l. 4 pr., 2, XV, 1.

(21) De manumissione vide infra par. 7. Item si captivus ab hostibus rediisset in patriam denuo liber fiebat et omnia sua in pristinum reducebantur. Item lege servitus cessabat e. g. juxta SC. Silanianum, si servus homicidam domini sui revelasset; vel si serva eo pacto veniret ut non prostitueretur, et tamen ab emptore prostitutioni oblata esset; vel per dignitatem sacerdotalem aut monachalem domino annuente (l. 38 C. I. 3.) Sed de his melius in tract. III.

3. *statu liber*, seu qui sub condicione manumissus fuisset. Pendente condicione erat in servitute facti (1).

4. *nexus*, qui veluti personam suam creditori mutuabat, ita ut transacto tempore solutionis creditor sine auctoritatis publicae interventu manus in ipsum iniiceret (2).

5. *addictus*, qui, in iudicio confessus vel iure judicatus, creditori a magistratu addicebatur. Qua in re imprimis a judice sententia pronunciabatur; dein 30 dies ad solutionem concedebantur; hisce diebus elapsis creditor manus iniiciebat ipsumque ad tribunal rapiebat magistratus, qui addicebat (3). Unde in carcerem privatum detrusus. (4) tribus nundinis infra 60 dies exponebatur, si forte vindicem libertatis invenisset (5) Elapso autem et hoc tempore creditor poterat vendere *nexum* trans Tiberim, vel necari, vel etiam, si plures fuissent creditores, in partes secare (6). Tali modo addictus, antequam praedicti 60 dies post magistratus addictionem elapsi fuissent, in servitute facti morabatur (7) retinens nihilominus ingenuitatem et jura civilia (8).

6. *mancipium*, homo nempe liber, qui a potestate patria dimittebatur ut loco servi alterius potestati dominicae subiiceretur (9).

II — Erat quoque *colonus*, vel, uti aiunt, servus glebae. Colonus differebat a servo in hoc quod non personaliter, sed propter terram domino subiicebatur; unde a terra avelli nequibat, et, cum terra pertransiens ad adquirentem, etiam vindicari poterat (10). Personali libertate, quoad substantiam, gaudebat, et uxorem sibi ipsi libere quaerere poterat (11).

E contra cum servo conveniebat in hoc, quod a domino, quem patronum habebat, puniri aliquando poterat, et fugitivus censebatur si praedium dereliquisset (12). Contra patronum agere non poterat (13); peculium vero possidebat (14).

(1) Cf. l. 11, xxxi. Pendente condicione poterat esse obiectum vendicionis vel legati: l. 81, 9, xxx; l. 25, xl, 7. Circa peculium servile cf. ll. 3, 1; 12; 39, 2, xl, 7. - De statu libero v. Festum *ad vocem*.

(2) Gai. iii, 173.

(3) Tab. iii, penes Bruns. Gai. iv, 21; iii, 78; Gell. xx, 1.

(4) De carceribus privatis cf. Liv. iii, 52; vi, 36; viii, 28; Tac. *Ann.* iii, 22; Terent. *Phorm.* ii, 2, 20; Donat. ad h. l. - Zeno et Iustinianus carceres privatos prohibuerunt: l. i. C. ix, 5; l. 23, C. i, 24.

(5) Tab. iii cit., 6.

(6) Tab. iii cit.; Gell. xx, 1. Quod tamen moribus fuit improbatum. Gell. l. c.; Quintil. iii, 6, 84.

(7) Gai. iii, 189. Si vera esset sententia aliquorum quod nexus sit verus *servus juris*, tunc *addictus* ab illo differt quatenus est *servus facti*. Certe addictio differt a nexu, quatenus interventum publicae auctoritatis postulat, dum nexus non postulat.

(8) Cf. l. 23 pr. iv, 6; Quintil. v, 10, 60; vii, 3, 27.

(9) Quod revera loco servi esset mancipium v. Gai, i, 116, 138; Liv. xli, 8.

(10) ll. 2; 7; 13, 1; 23 pr. C. xi, 47.

(11) Cf. l. 24 ib.; Nov. Valent. xxx, 1-3.

(12) ll. 23 pr.; 24, C. xi, 47.

(13) C. xi, 49.

(14) l. 23, 2, C. xi, 47; l. 2. C. xi, 49; C. Th. v, 11.

Colonus quis fiebat: a) *nativitate*; unde colonus *originarius*. Si nasceretur ex colono et libera Iustinianus imprimis liberum eum declaravit (15); paulo post voluit nihilominus quod esset terrae addictus (16) — b) *destinatione*, quando servus quidam a domino adscriberetur alicui fundo — c) *contractu*, si homo liber scriptura publica interveniente se tamquam colonum cuiquam dedisset (17) — d) *praescriptione* (18) — e) *poena* (19).

Colonatus solvebatur: a) *dignitate episcopali* (20) — b) *praescriptione* (21) — c) *militia* — d) *mutuo consensu*, in quorumdam sententia.

§ 5. *Civitas.*

I — Ad civitatem quod attinet alia divisio personarum erat inter *cives* et *non cives*.

II — Ius civitatis pluribus iuribus particularibus constabat, quae tum vitam publicam, tum vitam respiciebant privatam. Ius suffragii, jus honorum, ad vitam publicam pertinebant: jus connubii, jus commercii, ad vitam privatam. Ex adverso qui non gaudebant jure civitatis, solummodo jure gentium uti poterant (1).

III — Civitas adquirebatur: a) *nativitate*. Hinc qui nascebatur civis, et proinde liber, erat ingenuus. At criterium adquisitionis civitatis per nativitatem erat pater, si utique connubium seu justae nuptiae intercessissent inter parentes; secus filius sequebatur conditionem matris (2) — b) *manumissione*. Quae tamen manumissio legalis esse debebat; secus jus civitatis non gignebat (3) — c) *concessione principis* (4) — d) *lege*. Nempe antiquitus si quis e populis latinis Romam

(15) l. 24 C. xi, 47; Nov. 54.

(16) Nov. 162, 2. Si ex colono et serva, servus nascebatur juxta regulam quod partus sequitur conditionem matris: l. 21 C. xi, 47.

(17) l. 22 pr. C. xi, 47; Nov. Valent. xxxi, 5, 6.

(18) ll. 19; 23, 1, C. xi, 47; Nov. 162, 2.

(19) C. xi, 25.

(20) Nov. 123, 4. At non dignitate sacerdotali: ib. c. 17.

(21) Quod Iustinianus abolevit: l. 23 pr. C. xi, 47.

(1) Gai. iii, 93; 132-4; l. 17, 1, xlviii, 19; l. 15 pr. xlviii, 22. Attamen peregrinus jus propriae civitatis invocare poterat. Cf. Gai. 1, 92; iii, 96, 120; Ulp. xx, 15; Cic. *Ad divers.* xiii, ep. 19; *in Verrem*, ii, 22.

(2) Exceptio facta fuit per legem *Miniciam* (alii legunt *Mensiam*) in casu, quo quis nasceretur ex cive romana et peregrino. Tunc filius erat peregrinus; Ulp. v. 8; Gai. i, 77-79. Sub Hadriano denuo regula restituta est: Gai. i, 30, 77, 80; Ulp. iii, 3. - Etiam animadverti debet quod in his, qui iure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur: in his autem, qui non legitime concipiuntur, editionis: Ulp. v. 10. Cf. Gai. i, 89-92.

(3) Tunc juspatronatus exurgebat.

(4) Non auferebat jus patroni ad successionem eius, qui privilegium obtinuerat: Gai. iii, 72.

se contulisset aliquo ex sua stirpe domi relicto (5), vel si magistratum in sua civitate gessisset (6), vel, ex quadam lege Servilia, si cum successu quempiam magistratum romanum de crimine concussionis accusasset (7). Item, post legem Iuniam Norbanam, in iis casibus in quibus (uti mox videbimus) manumissi non regulariter ad jus civitatis pervenissent — e) *postliminio*. Civis, si a servitute, in quam incidisset, regressus esset, omnia in pristinum recuperabat (8) — f) *restitutione in integrum* (9).

IV — Civitas amittebatur: a) *propter amissionem libertatis* seu per maximam capitis diminutionem (10) — b) *propter poenam*, si cui aqua, ignique interdictum (11), quive in opus publicum damnatus vel deportatus esset in insulam (12) — c) *propter renunciationem civitatis romanae*, quum quis alterius civitatis jus obtinebat (13) — d) *propter deductionem in coloniam latinam* (14).

§. 6. *Liberti et peregrini.*

I — Inter cives connumerabantur illi, qui manumissione legali jus civitatis adepti essent, quique appellabantur *liberti*.

Maxima erat romanorum cura libertos ab ingenuis distinguere. Poenae liberto comminabantur, si ingenuitatis jura usurparet (1).

Eorum conditio erat sub patronatu constituta. Libertus obsequia patrono debebat (2); in necessitate eum alere (3); filiorum patroni tutelam suscipere (4).

Non poterat sine Praetoris permissione in jus patronum vocare (5); multo minus actione famosa accusare (6).

Ex alia parte ad patronum pertinebant plurima jura in libertum. Habebat jus ad successionem in bonis ejus (7); item jus tutelae super impuberes (8). Item in manumissione poterat imponere servitia praestan-

(5) Cf. Liv. XXXIX, 3; XLI, 8; XLII, 10.
(6) Arg. Gai. I, 96; App. *de b. c*, II, 26.
(7) Cic. *pro Balbo*, 24.
(8) Gai. I, 129; l. 4, XLIX, 15.
(9) ll. 1; 3; 6 C. IX, 51.
(10) Festus, *Deminutus*. Cessante libertate cessabat civitas, cuius fundamentum erat libertas.
(11) Gai, I, 128; Ulp. X, 3; par. 1 i. I, 12; Festus, *Deminutus*.
(12) l. 1, 2-4, XXXII, ll. 2, 1; 17, 1, XLVIII, 19; l. 5, 3, L, 13.
(13) Quia in jure romano duarum civitatum nemo civis esse poterat. Cic. *pro Caec.*, 34. Cf. Cic. *pro Balbo*, 11; *de orat.*, 40; l. 5, 3, XLIX, 15.
(14) Gai. I, 131; III, 56; Cic. *pro Caec.* 33.

(1) C. IX, 21. Cf. C. IX, 31; Svet. *Claud.* 25.
(2) D. XXXVII, 15; l. 41, XXXVIII, 1.
(3) l. 5, 18 seq., XXV, 3.
(4) Frag. Vat. 152, 220, 224; l. 14, XXVII, 1; l. 5, C. V, 62. Cf. l. 19, XXXVII, 14.
(5) Gai. IV, 46, 183; ll. 4, 1; 10, 12, II, 4.
(6) l. 8, XLVIII, 2.
(7) Gai. III, 39 seq.; Ulp. XXVII; XXIX; i. III, 7; D. XXXVIII, 2; C. VI, 4. - Libertus tamen testamentum facere poterat. Cf. Gai. III, 40; Cic. *in Verr.* I, 48; Liv. XXXIX, 9.
(8) Gai. I, 165; III, 43; Ulp. XI, 3; i. I, 17. Notandum quod sub diverso adspectu tutela erat jus et officium. Hinc jus pro patrono, officium pro liberto.

da (9); quae tamen huiusmodi non poterant esse ut nimis onerarent (10). A servitiis liberabatur libertus qui duos filios aut unum quinquennem habuisset (11); liberta, quae ex consensu patroni nuptias contraxisset (12).

Patronatus cessabat: a) per natalium restitutionem — b) per renunciationem patroni (13) — c) in poenam patroni (14).

Libertus poterat tandem consequi ingenuitatem duplici modo: per jus aureorum annulorum et per restitutionem natalium. In hoc erat discrimen ante Iustinianum: jus aureorum annulorum non auferebat patronatus jus (15); e contra natalium restitutio auferebat (16), et proinde requirebatur ad huiusmodi privilegium consequendum patroni consensus (17). Iustinianus decrevit omnibus manumissionibus inesse et jus aureorum annulorum, et natalium restitutionem, semper tamen salvo jure patronatus (18).

II — Inter illos qui cives non erant maxime connumerandi sunt peregrini. Peregrini, qui et *hostes* antiquitus appellabantur (19), non adeo frequentes Romae tunc inveniebantur. Introducto mox *hospitii* (20) instituto, per quod quamdam tutelam primo apud privatos et dein publice obtinuerunt, adeo creverunt, ut judices speciales ipsis fuerint assignati, qui *recuperatores* (21) vocabantur, quibus processu temporis successit *praetor peregrinus* (22).

Peregrinus jus civile neque publicum neque privatum habebat (23), sed solummodo jus gentium (24). Quare eius matrimonium erat iniustum jure civili, licet justum jure gentium (25), et filii eius erant iniusti jure civili, licet justi jure gentium (26).

§. 7. *Liberti iuniani origo.*

I — Inter peregrinos et cives, statu quodam medio, erant *Latini Juniani*. Oriebantur Latini Juniani generatim ex manumissione non rite peracta.

(9) D. xxxviii, 1; C. vi, 3.
(10) l. 1, 5, xliv, 5. Cf. l. 1 pr., 1, xxxviii, 2.
(11) l. 37, xxxviii, 1.
(12) ll. 14; 28; 30, 1; 48 ib.
(13) l. 3 C. vi, 4. - In iure antejustinianeo hoc fieri non potuisse videtur.
(14) ll. 5, 1; 9, 1, xxxvii, 14; l. 14, xxxviii, 2.
(15) Frag. Vat. 226; l. 14, 2, xxvii, 1; l. 3, xxxviii, 2. Cf. l. 33, 2, xxxv, 1.
(16) l. 10, 3, ii, 4; l. 3, 1, xxxviii, 2.
(17) Cf. Plin. x, 6 (12), 77, 78.
(18) Nov. 78, 1, 2.
(19) Festus, *Hostis*. Cf. Cic. *de off.*, i, 12.
(20) Iuxta quosdam ex instituto *hospitii* nata est *clientela*.
(21) Festus, *Reciperatio*.
(22) l. 2, 28. i, 2; Lex Acil. rep., 12, penes Bruns, *Fontes*, ed. 6a, 1893 p. 60; 89 p. 73 ib.; Lex Rubria, xx, Bruns, p. 99 i. f.; Lex Iulia Munic. 3, 4, Bruns, p. 105.
(23) Festus, *Extrarius*.
(24) Cf. Gai. iii, 93, 132 seq.; i. i, 2; l. 5, i, 1; l. 15 pr. xlviii, 22.
(25) Proinde adulterium possibile erat: l. 13, 1, 4, xlviii, 5.
(26) ll. 4, 3; 5, ii, 4; l. 1, 2, l, 1. Saepe peregrinus jus connubii vel commercii obtinebat: Gai. i, 57; Ulp. v. 4; xix, 4.

Manumissio erat datio libertatis (1) et triplici modo fiebat ab habente potestatem manumittendi, nempe *censu*, *vindicta*, *testamento* (2). Si quis non altero ex hisce modis manumissus fuisset, liber non fiebat, sed in libertate morabatur (3). Anno 757 U. c. lata est sub consulibus Sexto Aelio Catone et Caio Sentio Saturnino lex, quae manumissionum abusum compescuit, et quae vocata proinde fuit *Aelia Sentia*. Ipsa statuit quod: a) ad manumissionis validitatem requireretur aetas 20 an. in manumittente, aetas 30 an. in manumittendo, et alter ex modis legalibus manumittendi. Si aetas defuisset, requirebatur modus manumissionis per vindictam et causae probatio apud consilium (4) — b) existentibus omnibus conditionibus, servus si turpitudine aliqua fuisset notatus, non fieret civis romanus, sed haberetur veluti *dediticius* peregrinus, et extra Romam morari deberet sub poena denuo incidendi in servitutem irrevocabiliter (5) — c) exciperetur casus, quo quis, solvendo impar, testamento manumisisset servum etsi turpitudine notatum; tunc favore testamenti fiebat civis romanus (6) — d) nulla esset manumissio in fraudem creditorum vel patroni facta (7).

Paulo post legem Aeliam Sentiam lata fuit alia lex, Fufia Caninia, quae magis numerum manumissionum coarctavit. Sed sub imperio utriusque legis, qui manumissi fuissent non legaliter, semper in libertate facti tantummodo morabantur. Horum conditio juridice elaborata est tandem per legem Iuniam Norbanam, quae illis concessit statum eorum, qui in coloniis latinis erant (8). Post hanc legem, qui manumittebatur esse poterat in conditione civis romani vel deditícii vel latini Iuniani, juxta quod modus legalis fuisset vel non servatus, vel, si servatus, manumittendus turpitudine notaretur.

(1) pr. i. I, 5.

(2) Gai. I 17. Cf. Ulp. I. 6; Dosith. 5; Cic. *top.* II, 10. Manumittens debebat dominium quiritarium plenum habere.

(3) Gai. Ep. I, 1, 2; Ulp. I, 10; Dosith. 4 seq. Eius conditio erat juridice servilis, et bona quae comparabat veluti peculium domini constituebant: Gai. III, 56; Dosith. 5, 6· Cf. par. 4 i. III, 7; l. un., 13. C. VII, 6. Dominus potuisset eos ad servitutem reducere, sed Praetor id prohibebat: Gai. III, 56; Dosith , 5.

(4) par. 4. i. I, 6; Gai. I, 19, 20, 38, 39; Ulp. I, 12, 13; Dos. 13. Quoad justas causas manumissionis in casu defectus aetatis cf. Gai I, 19, 20, 39; par. 5 i. I, 6; ll. 9; 11-14; 16; 19, XL, 2.

(5) Gai. I, 13-15, 26, 27; Epit. I, 1, 4; Ulp. I, 11; Paul. IV, 12, 5; par. 3, i. I, 5.

(6) Gai. I, 21; Ulp. I. 14; Dosit. 16; par. 1, i. I, 6; l. 60, XXVIII, 5; l. 27, XL, 4. Dummodo nullus alius haeres adesset et unicus servus manumitteretur: Gai. I, 21; II, 154, 276; Ulp. I, 14; Dosit. 16; par. 1, i. I, 6; ll. 42; 43; 55; 57; 60; 88, XXVIII, 5; l. 27, XL, 4.

(7) Gai. I, 37, 47; Ulp. I; 15; Dosit. 16; pr. i. I, 16.

(8) Gai. I, 22; Epit. I, 1, 2; Theoph. 5, 4; Ulp. I, 10; Dosit. 5, 6; par 3, i. I, 5.

II — Latini ergo Iuniani oriebantur ex formis privatis manumittendi, quas dominus sponte (non coacte) adhibuisset (9). Sed post legem Juniam alii ab imperatoribus inducti sunt latinitatis casus, nempe: — a) servus, quem aegritudine periclitantem dominus publice domo eiecisset (10) — b) serva, quae ea lege venierit ne prostitueretur, et e contra prostituta esset, venditore patientiam suam accomodante (11). — c) servus, cui relicta esset sub conditione libertas, et quem adhuc pendenti conditione extraneus haeres liberasset (12) — d) servus a domino in liberali iudicio superatus, cuius pretium ab aliquo eidem domino solutum fuisset (13) — e) servus, cui dominus tradidisset instrumenta, ex quibus servitus eius ostendebatur, vel si ipse dominus ea lacerasset (14) — f) liberta, quae ignorante patrono servo se alieno coniunxisset, et quae sic ancilla effecta, rursus manumitteretur (15) — g) servus, qui raptum virginis, silentibus vel consentientibus parentibus consummatum, denunciasset (16) — h) qui natus fuisset a coniunctione servi fisci cum ingenua (17).

§. 8. *Liberti iuniani iura et privilegia.*

I — Latinus Iunianus non habebat jura publica suffragii et honorum. De juribus privatis, distinguendum. Quoad jus connubii et ejus effectus ita res se habebant. Ius connubii eis non erat, nisi ex speciali concessione (1). Proinde non habebat neque patriam potestatem, neque agnationem (2). Filii ex latina juxta regulam latini nascebantur, quaecumque fuisset eorum patris conditio (3); nisi ageretur de patre cive romano connubium habente cum latina, quo in casu

(9) Dosit. 7; l. 9 pr. XL, 9. Quinam modi privati manumittendi v. Gai. I, 41, 44; Epit. I, 1, 4; Ulp. I. 10, 18; Paul. IV, 12, 2; Dosit. 6; par. 1. i. 1, 5; l. un. C. VII, 6; Tac. *Ann.* XV, 54; Plin. *Ep.* VII, 16. Hisce in locis non *taxative*, sed *demonstrative* indicantur modi privati. Cf. l. un. 10 C. VII, 6.

Neque ex hoc tantum, sed et dominus simpliciter bonitarius, si manumittebat, latinum, juxta quosdam, faciebat Iunianum. Alii e contra latinum Iunianum dicunt fieri solum ex defectu formae legalis: Gai. I, 54, 167; Ulp. I, 16 Quid de servo communi duobus dominis et ab uno eorum manumisso v. Ulp. I, 18; Paul. IV, 12, 1, 5; Dosit. 10; par. 4, i. II, 7; l. 18 pr. XXVIII, 6; l. 16, XXIX, 5; l. 18 pr. XL, 4; l. 30, XL, 12. Quoad jus novum v. par. 4 i. II, 7; l. 1 pr. C. VII, 7.

(10) l. 2, XL, 8; l. un. 3 C. VII, 6; Svet. *Claud*, 25; Dion. LX, 29.

(11) l. 10, 1, II, 4; l. 7, XXXVII, 14; ll. 6, 1; 7, XL, 8; l. 1, C. IV, 56.

(12) Cf. l. un., 7 C. VII, 6.

(13) Cf. l. un., 8 ib.

(14) Cf. l. un., 11 ib.

(15) Paul. II, 21a, 7.

(16) l. 1, 4, C. Th. IX, 24.

(17) l. 3, C. Th. IV, 11.

(1) Gai. I, 56, 57, 67; Ep. I, 4; Ulp. V, 4.

(2) Cf. Gai. I, 66, 67, 87, 93, 94, 189; Ulp. X, 3; par. 2. i. I, 9.

(3) Gai. I, 30, 66, 80, 81; Ulp. III, 3.

nascebantur cives (4). Tutelam non poterant ex testamento habere (5).

Quoad jus commercii certum est ipsum habuisse (6). De bonis tamen per testamentum disponere non poterant (7); neque capere aliquid ex testamento, licet testamenti factionem passivam habuerint (8). Donationes causa mortis antea poterant recipere (9); dein facultas eis adempta est, et solum ex fideicommisso poterant acquirere (10). Bona Latinorum Iunianorum post mortem jure peculii ad patronum spectabant (11); at successionem huiusmodi immutavit postea S. C. Largianum.

II — Pluribus modis Latinus Iunianus ad civitatem perveniebat, quos recenset Ulp. III, 1. Cf. Gai. I, 28; Epit. I, 1, 4; l. un. C. VII, 6.

1.º *Beneficio principali,* quando nempe Princeps civitatem concedebat (12). Quod beneficium, ne damnum afferret juri successionis patroni, cessabat cum vita beneficiati (13); quamvis postea statutum sit quod beneficiatus jus suum Quiritium perficere possit (14).

2.º *Probatione anniculi,* quando minor 30 an. manumissus in testamento probasset tum matrimonium coram septem testibus et liberorum quaerendorum causa iniisse — tum sibi natum filium fuisse — tum hunc anniculum esse (15). Hoc privilegium extensum fuit ad alios casus (16).

3.º *Probatione erroris,* quando quis ex contrahentibus matrimonium erraverit circa suam vel alterius coniugis conditionem et hoc probasset; item quod damnum ex hoc obvenerit, et quod filius ex tali matrimonio sit natus (17).

(4) Gai. I, 57, 67. Cf. Ulp. V, 9.

(5) Gai. I, 23; Ulp. XI, 16; Frag. Vat. 172. Arg. l. 21, XXVI, 2. An tutelam Atilianam habuerint disputatur.

(6) Cf. Ulp. XIX, 4.

(7) Ulp. XX, 14. Cf. Gai. I, 23; par. 4, i. III, 7.

(8) Hoc sensu, quatenus haeres et testis esse posset: Gai. I, 23; Ulp. XX, 8. Cf. Gai. I, 24; II, 110, 275; l. 13, 2, XXIX, 1. Neque difficultas est in eo quod haeres esse posset, et non posset capere ex testamento; nam factio passiva requiritur tempore conditi testamenti (par. 4, i. II, 19; l. 49, 1, XXVIII, 5) et capacitas capiendi sufficit ut existat tempore mortis testatoris vel infra centum dies cretionis (Ulp. XVII, 1; XXIII, 3; l. 62, XXVIII, 5).

(9) l. 35, XXXIX, 6. Cf. Frag. Vat. 259.

(10) Gai. II, 275; Ulp. XXV, 7.

(11) Gai. III, 56; Dosit. 5. Conditio latini diversa erat hac in re a conditione liberti civis romani. Cf. Gai. III, 58 seq.; l. XXXVIII, 2; l 4, 19 C. VI, 4.

(12) Ulp. III, 2.

(13) Gai. III, 72; par. 4. i. III, 7; l. un., 12 C. VII, 6.

(14) Gai. III, 72, 73.

(15) Gai. I, 29, 30, 66, 71, 80; Ulp. III, 3,

(16) Gai. I, 31. Quaenam lex hoc privilegium induxerit, disputatur. Est controversum pariter, num filius caderet in potestatem patris.

(17) Gai. I, 67 et seq., ubi quinque casus memorat. Quoad potestatem patriam in hisce casibus cf. Ulp. VII, 4; Gai. I, 65 seq.; II, 142, 143; Coll. XVI, c. II, 5; c. III, 7, 15. Idem Gai. I, 72 docet quod si error a cive romano processisset, sufficiebat nativitas filii; si a latino requirebatur anniculus.

4.° *Iteratione,* quando quis, latinus effectus, denuo manumitteretur (18).

5.° *Militia,* quando quis per sex annos, ex lege Visellia, vel postea per tres annos, ex quodam S. C., inter vigiles militaverit (19).

6.° *Navi,* quando quis navim non minorem quam decem millium modiorum fabricaverit et per sex annos Romam portaverit (20).

7.° *Aedificio,* quando quis patrimonium saltem sext. CC millium habens domum Romae aedificaverit et in ipsam saltem dimidiam partem contulerit (21).

8.° *Pistrino,* quando quis in Urbe pistrinum per triennium exercuerit, quod in dies singulos non minus quam centenos modios frumenti pinseret (22).

9.° *Ter enixa,* quando latina tres filios pepererit (23).

10.° Hisce modis alter adiiciendus a Constantino inductus, quando nempe latinus raptum virginis revelasset (24).

§. 9. *Familia.*

I — Ad familiam quod attinet alia divisio personarum erat, ut alii sui juris, alii alieni juris essent (1).

Sui juris erant qui, suae potestatis existebant, et ideo vocabantur *patres familias* (2).

Alieni juris erant, qui subiiciebantur patri familias, et poterant esse in eius *manu, potestate, mancipio* (3). Sub manu erat uxor; sub potestate filii et servi; sub mancipio homines liberi mancipati (4). Ita constituebatur *domus,* in qua veluti dominium habebat pater fami-

(18) Gai. I, 35. Cf. Ep. I, 1, 4; Ulp. III, 4; Dosith. 14; Plin. *Ep.* VII, 16; Tac. *Ann.* XIII, 27.

(19) Gai. I, 32b; Ulp. III, 5. Annus computabatur a Kalendis mensis Martii.

(20) Gai. I, 32c; Ulp. III, 6. Cf. l. 3, 4, 5; Nov. Theod. II, 8.

(21) Gai. I, 33. Privilegium inductum probabiliter a Nerone, sub cuius imperio Roma pene universa incendio periit. Tac. *Ann.* XVI, 38 seq.; Svet. *Nero,* 38.

(22) Gai. I, 34.

(23) Paul. IV, 9, 8. Cf. l. 137, L, 16. Num hoc privilegium inductum fuerit a S. C. Volusiano vel a S. C. Tertulliano, disputatur.

(24) ll. 1; 5, 5. C. Th. IX. 24.

(1) Gai. I, 48, 65, 108, 116; pr. i. I, 8; l. 1 pr. I, 6.

(2) Sive puberes, sive impuberes sint: l. 4, I, 6.

(3) Gai. I, 49. Cf. Frag. Vat. 298, 300; Lex Salpens. XXII, penes Bruns p. 143.

(4) Antiquitus manus generatim significabat potestatem capitis familias super omnes has personas. Dein specialiter *manus* ad uxorem applicata est, et alia vocabula inducta ad exprimendam potestatem super alias personas alieni iuris.

lias (5); nam erant personae praedictae veluti membra unius corporis (6).

II — De servis et de mancipiis jam diximus (7), et fusius simul etiam de uxore in manu necnon filiis dicemus in tractatu de potestate. Quoad filios familias sufficit hic animadvertere quod licet personaliter a patre dependentes, habebant tamen propriam juridicam conditionem in relationibus extra familiam. Nam iura politica illis erant (8); item jus connubii et jus commercii. Solummodo, ad jus commercii quod attinet, eorum adquisitiones patri familias proficiebant, cum quo (sicuti aliae personae subiectae) unam eamdemque personam constituebant (9).

Evoluta doctrina circa peculia, filiifamilias capacitas juridica aucta est.

CAPUT III.

DE CAUSIS DIVERSIS, QUAE CAPACITATEM JURIDICAM PLUS MINUSVE MUTABANT.

§ 10. *Aetas.*

I — Capacitas juridica plures mutationes pati poterat diversis ex causis, nempe: ex *aetate, sexu, vinculo naturali vel legali, valetudine, domicilio, existimatione, professione, religione.*

Inspecta aetate romani distinguebant personas primario in puberes et impuberes; secundario alias distinctiones admittebant.

II — *Puberes et impuberes.* — Puberes iterum distinguebantur in minores et maiores; maiores vero in adultos et senes. Pariter impuberes iterum distinguebantur in infantes et impuberes proprie dictos; impuberes vero in impuberes infantiae proximos et impuberes pubertati proximos.

Puberes capacitate plena juridica frui poterant, et erant qui annos 14 excessissent, si masculi, annos 12 si foeminae (1). Impuberes e contra qui infra huiusmodi aetatem se habuissent. Hi neque ad

(5) l. 195, 2, L, 16.

(6) Gai. II, 86 seq.; III, 163; Ulp. XIX, 18.

(7) Supra par. 3, 4.

(8) l. 14 pr. XXXVI, 1. Cf. l. 9, I, 6; l. 3, I, 7; ll. 77; 78, V, 1; l. 13, 5, XXXVI, 1; Liv. XXIV, 14.

(9) Gai. II, 86; III, 163; Epit. II, 1, 7; Ulp. XIX, 18, 19; pr. i. II, 9; pr. i. III. 28; l. 10 pr. XLI, 1. Item par. 4. i, III, 19. Cf. Gai. III, 103a; ll. 38, 6, 15, 17; 45; 78, XLV, 1; l. 11 C. VI, 26. Attamen animadvertendum quod conditionem patris familias facere meliorem poterat, non deteriorem: l. 133, L, 17.

(1) Pr. i. I, 22, ubi Iustinianus decidit controversiam inter ICC. Cf. Gai. I, 196; Ulp. XI, 28.

matrimonium apti erant (2), neque ad testamentum (3), neque ad officia civilia (4), neque ad actus juridicos, ex quibus damnum obvenire poterat (5).

III — *Puberes minores et maiores* — Huius distinctionis origo repetenda ex *lege Plaetoria* (6) quae etiam *quina vicenaria* appellabatur (7). Ea erat cautum, ait Cicero, *de Nat. Deor.*, ne liceret cuiquam a filio familias minore XXV annis stipulari. Praetor imitatus est legem Plaetoriam, et minoribus XXV annis suam tutelam indulsit: dein jurisprudentia accessit, et postremo imperatores (8). Celebre est remedium restitutionis in integrum pro minoribus circumventis (9). Unde natum est institutum juridicum curatelae (10): si tamen masculus XX annorum vel foemina XVIII bonis moribus et honestate probarentur, veniam aetatis rescripto principali obtinere poterant (11).

IV — *Adulti et senes* — Qui aetatem quamdam excessisset, non amplius aptus erat ad actus speciales. A publicis muneribus senes liberabantur (12), nisi ageretur tantummodo de pecuniae erogatione (13). At hac in re inspicienda potius erat lex cuiuscumque loci, quae interdum circa computationem annorum diversimode statuebat; generatim aetas senectutis censebatur in LXX annis (14).

V — *Infantes et impuberes* — Infans est qui fari non potest; impubes qui, licet fari, tamen generare non potest. Antiquitus videtur quod infans habitus sit ille qui vere fari non posset (15): serius ille habitus fuit qui minor VII annis, licet fari, tamen intelligere plene non poterat (16). In ista aetate homo aequiparabatur furioso, nullumque actum, neque in sui utilitatem ponere valebat (17).

(2) Quia non apti ad generandum: pr. i. I. 10. Cf. l. 4. XIII, 2.

(3) Par. 1 i. I, 12.

(4) Par. 6 i. II, 10. Cf. ll. 3, 5; 19, 4, XXII, 5; l 2, 1, L, 17.

(5) Poterant tamen sibi adquirere: pr. i. I. 21; par. 9 i. III, 19.

(6) Alii ex lege *Laetoria*; at cf. l. Iul. Mun. l. 112 penes Bruns p. 110.

(7) Plaut. *Pseud.* v. 296. Cf. Plaut. *Rudens*, v. 3, 25.

(8) Eo ventum est, ut non tantum minor in persona propria, sed etiam societas propter inexperientiam minoris obtinuerit defensionem. Hinc est quod minor non poterat tutelam gerere (l. 5 C. V, 30; cf. par. 13. i. I, 25); neque postulare, si minor XVII annis (l. 1 3, III, 1); neque judicare, si minor XVIII annis (l. 57, XLII, 1).

(9) D. IV, 4.

(10) l. 1, 3 ib.

(11) l. 2 pr., I, C. II, 45. Cf. l. 3 pr. IV, 4; l. 10 C. VII, 62.

(12) l. 10 C. X, 31.

(13) l. 5, 1, L, 6. Distinctio etiam aderat inter honores et munera: l. 2, 8, L, 2; l. 8 pr. L. 5.

(14) l. 5, 1, L, 16; ll. 2, 8; 11, L, 2. In l. 3. C. X, 49 sufficit ad excusationem aetas LV annorum: Curiacius in *comm.* emendare vult *septuaginta*.

(15) l. 30, 2, 4, XL, 5; l. 70, XLV, 1. Cf. Varr. *de l. l.*, V, 7; VI, 51; Isid. *Orig.* XI, 2.

(16) l. 18 C. VI, 30. Cf. l. 14, XXIII, 1; l. 1, 2, XXVI, 7.

(17) par. 10 i. III, 19; l. 9. XXIX, 2. Cf. Gai. III, 109; l. 1, 13, XLIV, 7; l. 70, XLV, 1. Utilitatis causa receptum est, ut possessionem, auctore tutore, capere posset: l. 32, 2, XLI, 2.

VI — *Infantiae proximi et pubertati proximi* — Haec distinctio se refert ad imputationem actuum illicitorum impuberibus; nam impuberes pubertati proximi doli et delictorum capaces censebantur (18).

§. 11. *Sexus.*

I — Aequalitas inter utrumque sexum recognita est a romanis (1). Exceptiones autem aderant, et quidem graves (2), quae tamen non omnes impediebant, sed quaedam adiuvabant foeminae capacitatem juridicam.

II — *Exceptiones impedientes* (3): — a) circa jus publicum, impediebantur ab officiis et muneribus (4); quare neque tutelam gerere (5), neque in testamento adesse veluti testes (6), neque judicare (7), neque actiones populares proponere (8) — b) circa jus privatum, impediebantur a successione (9); item non habebant patriam potestatem (10) et ab administratione rerum suarum arcebantur (11).

III — *Exceptiones adiuvantes*: — a) pubertas foeminae praecedebat pubertatem masculorum; unde facultas ad testamentum prius penes ipsas (12) — b) admittebatur ignorantia juris earum favore (13) —

(18) Gai. III, 208; par. 18 i. IV, 1; l. 13, 1, IV, 3; l, 5. 2, IX, 2; l. 14, XXIX. 5; l. 4, 26, XLIV, 4. Cf. l. 23. XLVII, 2; l. 111, L, 17.

(1) ll. 152; 195 pr. L, 16. Cf. l. 45, pr. XXXI; ll. 1; 52 L, 16.

(2) Exemplum est perpetuae tutelae, cui antiquitus subiicebantur omnes foeminae. Item manus. Cf. l. 9, I. 5; l. 1 pr. I, 9.

(3) Quodam sensu *impedientes*; nam omnis limitatio in fontibus explicatur veluti reverentia naturaliter pudori foeminarum debita: l. 1. 5, III, 1. Cf. l. 18, XXVI, 1; l. 3, 3, L, IV.

(4) l. 3, 3, L, IV; l. 2 pr. L, 17.

(5) l. 18, XXVI, 1; l. 16 pr. ib.; Nov. 118, 5. Nisi certis conditionibus extantibus: cf. Nov. 118, 5. cit.

(6) pr. 6 i. II, 10. In judicio poenali poterat testimonium afferre: l. 18, XXII, 5; l. 20, 6, XXVIII, 1.

(7) l. 12, 2, V, 1.

(8) l. 6, XLVII, 23; ll. 1; 8, XLVIII, 2; l. 12 C. IX, 1. Nisi ageretur de sui persona vel propinqui vel pupilli: par. 3 i. I, 26; l. 1, XLVIII, 2; l. 12 C. IX, 1.

(9) Imprimis lex Voconia prohibuit foeminas ne caperent a testamento locupletum: Gai. II, 274; Cic. *in Verr.* I, 42; *de senec.*, 5; *de rep.*, III, 7; *de fin.* II, 17; *pro Balb.*, VIII. Cf. Liv. *Ep.* XLI; Gell. VII, 13. Dein non admissae sunt ad haereditates etiam legitimas ultra consanguineas successiones: Gai. III, 14, 23; *Ep.* II, 8; Paul. IV, 8, 22; Ulp. XXVI, 6; Coll. XVI, c. 2, 14; c. 3, 20. Id factum est jure civili seu jurisprudentia, voconiana ratione: Paul. IV, 8, 22; Coll. XVI, c. 3, 20; par. 3 i. III, 2. Tandem Iustinianus huiusmodi limitationem abstulit: par. 3. i. cit.

(10) par. 10 i. I, 11. Tamen, certis extantibus conditionibus, poterant ex gratia adoptare: l. 5 C. VIII, 48.

(11) Ideo sub tutela vel sub manu antiquitus erant: Gai. I, 109, 144, 190; Ulp. XI. 1; Frag. Vat. 229; Cic. *pro Muren.*, XII; *pro Caec.* XXV; Liv. XXXIV, 2. Quare in matrimonio neque dotium suarum, neque donationum propter nuptias habebant administrationem: l. 7, 3, XXIII, 3.

(12) Gai. II, 113; Epit. II, 2, 2; Paul. III, 4.a, 1; Ulp. XX. 12, 16. Cf. par. 1 i. II, 12.

(13) Veluti in rusticis aliisque personis hoc privilegio donatis: l. 2, 7, XLIX, 14. Cf. l. 8, 2, II, 8; l. 1. 5, II, 13; l 2. 1, XXV, 4; l. 38, 2, XLVIII, 5; l. 15, 5, XLVIII, 10; l. 1, 10, XLVIII, 16; l. 9 C. IV, 29.

c) ratio habebatur sexus quoad imputationem delictorum (14) — d) ne fraudibus essent obnoxiae pro nullis censebantur eorum intercessiones sive pro viris suis sive pro extraneis (15).

Circa ermaphroditos statutum est quod ratio eius sexus haberetur, qui in illis praevaleret (16).

§. 12. *Vinculum naturale.*

I — Penes veteres romanos personae vinculo potius civili seu legali inter se jungebantur: vinculum sanguinis secundario respiciebatur. Posterius, vinculum sanguinis praevaluit.

Hoc vinculum sanguinis *cognationem* constituebat; vinculum legale erat *agnatio* praesertim, et *adoptio;* vinculum quod participabat de utroque erat *adfinitas.*

II — *Cognatio* — Est vinculum naturali jure seu per generationem constitutum (1). Fundamentum cognationis seu generationem triplici modo considerare possumus. Primo, quatenus generatio in matrimonio vel extra matrimonium evenerit: unde cognatio legitima et illegitima — Secundo, quatenus generatio procedit ab utroque, masculo et foemina, vel ab altero eorum: unde cognatio bilateralis et unilateralis — Tertio, quatenus generatio est directa vel indirecta: unde cognatio in linea recta vel ex transverso.

A — *Cognatio legitima et illegitima.* — Legitimi erant filii ex justis nuptiis nati (2). Iustae autem erant nuptiae, quae modis legalibus inter personas jus connubii habentes intercedebant: tunc dicebatur matrimonium *justum* et filii *justi* vocabantur (3). Extra matrimonium justum filii erant *injusti* (4). Praeterea ad legitimum jus filiorum requirebatur, quod ipsi non ante sex menses seu 180 dies post initum matrimonium, neque infra decem menses a nuptiarum dissolutione nati essent (5).

Nascebantur illegitimi, quia extra matrimonium: a) ex concubinatu legali. Tunc *naturales* filii vocabantur (6) — b) ex commercio car-

(14) l. 6 pr. XLVIII, 13. Iustinianus castitati earum consulens prohibuit etiam quominus carceri manciparentur: Nov. 134, 9, 10.

(15) Paul., II, 11; D. XVI, 1; C. IV, 29; Nov. 134, 8; Dion. LX, 27.

(16) l. 10, I, 5. Cf. l. 15, 1, XXII, 5; l. 6, 2, XXVIII, 2.

(1) l. 1, 1, XXXVIII, 8; l. 4, 1, 2, XXXVIII, 10. Cf. Coll. XVI, c. 8. 1.

(2) Cf. Gai. I, 64, 90; Ulp. V; l. 5. 2, I, 5; l. 13, 1, XLVIII, 5.

(3) *Legitimus* dicitur filius in l. 2, 3, XXVII, 1; *justus* in *Frag. Vat.* 194; l. 12, I, 5, et alibi passim.

(4) Frag. Vat. 194. Cf. Gai. I, 76, 80; Frag. Vat. 168.

(5) Hoc tempore qui nascebantur patrem certum habebant: l. 12, I, 5; l. 29 pr. XXVIII, 2; l. 3, 11, 12, XXXVIII, 16.

(6) Paul. V, 6, 16; par. 3 i. I, 10; C. V, 27. *Naturalis* filius est etiam is, qui per generationem coniungitur parenti; quare opponitur in hoc sensu filio *adoptivo*, qui lege tantum coniungitur: Gai. I, 97; Ulp. VIII, 1; pr. i. I, 11; par. 2 i. III, 1.

nali libero neque jure naturali vetito, neque jure positivo. Tunc *vulgo concepti* vel *vulgo quaesiti* vocabantur (7) — c) ex commercio masculi liberi cum foemina nupta: isti erant *adulterini* (8) — d) ex commercio carnali, cui aliquod impedimentum obstabat: erant filii *nefarii, incestuosi* (9).

Legitimitas secum ferebat patriam potestatem (10) et filii *justi* habebant juridice patrem suum (11); proinde eorum cognatio erat ex utroque latere perfecta. E contra illegitimitas non admittebat patriam potestatem (12) et filii juridice habebant tantummodo matrem (13); proinde erat cognatio ex uno latere (14), scilicet matris, ad cuius tantum successionem vocabantur (15).

B — *Cognatio unilateralis et bilateralis* (16). — Qui ex utroque stipite communi descendebant cognatione *bilaterali* inter se coniuncti erant; qui ex altero tantummodo, cognatione *unilaterali* (17). In primo casu dicebantur *germani;* in altero, vel descendebant ex patre eodem, et appellabantur *consanguinei* (18), vel ex matre eadem, et appellabantur *uterini* (19).

C — *Cognatio directa et indirecta* — Cognatio alia erat in linea recta, quae iterum dividebatur in *superiorem* seu ascendentem, et in *inferiorem* seu descendentem; alia erat in linea ex transverso sive a latere (20).

(7) Ulp. v, 7; ll. 19; 23, i, 5; l. 14, 2, xxiii, 2. Vocabantur etiam *spurii:* Gai. i, 64; Ulp. iv. 2; par. 12 i. i. 10. At vocabulum *spurius* videtur potius esse generale et se referre ad quoscumque illegitimos. Revera Ulp. v, 7 eum, qui sine patre est coram lege, vocat generaliter *spurium*.

(8) Non tamen si commercium erat inter foeminam liberam et masculum nuptum: l. 11 C. ix, 9.

(9) Gai. i, 64; Ulp. v, 7; C. v. 5.

(10) Gai. i, 55; Ulp. v, 1; pr. i. i, 9; ll. 3; 19, i, 5.

(11) l. 5, ii, 4.

(12) Gai. i, 76; Frag. Vat. 194.

(13) Gai. i. 64; Ulp. iv, 2; par. 4 i. i, 5; par. 12 i. i, 10; l. 5, ii, 4.

(14) Gai. i, 64; par. 4 i. iii, 5; l. 4, xxxviii, 8.

(15) Rigor posterius recessit, et filii naturales aliquod jus tandem quoad etiam patrem suum acceperunt: Nov. 18, 5; 89, 12, 13. Cf. l. 2 C. v, 27. Semper a successione sive matris sive patris filii ex damnato coitu remoti sunt: l. 6 C. v, 5; l. 5 C. vi, 57; Nov. 89, 15.

(16) Voces *unilateralis* et *bilateralis* sunt ignotae juri romano.

(17) Gai. i, 61; par. 2 i. i, 10; l. 10, 13, xxxviii, 10.

(18) Gai. iii, 14, 23; Ulp. xxvi, 6; Collat. xvi, c. 3, 15; par. 1 i. iii, 2; l. 1, 10, xxxviii, 16. Cf. Coll. xvi, c. 3, 16, 17, 20, c. vii, 1; l. 27 C. iii, 28.

(19) l. 27 C. cit. *Germanus, consanguineus, uterinus,* haud raro, antiquitus praesertim, promiscue usurpabantur. Sic nomine *consanguinei* saepe veniebat etiam germanus: Ulp. xxvi, 1: Coll. xvi, c. 2, 10; c. 3, 15; par. 1 i. iii, 2; par. 5 i. iii, 3; imo germanus dicebatur interdum simpliciter *consanguineus:* par. 4 i. iii, 2; ll. 14 pr.; 15, 3 C. vi, 58. Similiter germanus appellabatur quoque *uterinus:* Isid. *Orig.* ix, 6; Virgil. v, 412, ubi Erycen vocat germanum Aeneae quippe natum ex eadem genitrice. Cf. Servium, ad h. l.

(20) pr. i. iii, 6; ll. 1 pr.; 9; 10, 9, xxxviii, 10. Et est in linea ex transverso quod exurgere potest distinctio inter cognationem bilateralem et unilateralem.

III — Gradus cognationum computabantur per generationes: tot gradus, quot generationes (21). Quare in linea recta unica erat computatio, vel ascendendo usque ad stipitem, vel descendendo ab eodem: in linea ex transverso duplex computatio, quia per duplicem viam debemus ascendere usque ad stipitem communem, vel descendere.

Cognatio interdum erat complexa, quatenus scilicet inter duas personas non unicum sed multiplex esse poterat sanguinis vinculum. Hoc fiebat, quando matrimonium contrahebatur inter eos, qui jam cognati essent; et recte hic casus est perspiciendus praesertim quando agitur de successione, ad quam multiplex jus dari potest.

§. 13. *Vinculum legale.*

I — *Agnatio.* — Agnatio erat vinculum quo insimul personae vinclebantur media patria potestate.

Inter ipsam et cognationem nulla intercedebat relatio, nisi per accidens. Eo sensu nempe quod qui sub patria potestate extabant, ad patrem familias communiter per generationem pertinebant — Revera: agnatio nascebatur eo modo, quo nascebatur patria potestas, id est habebat multiplicem originem: a) per generationem in matrimonio justo. (1) — b) per conventionem in manum. Uxor, quae in manu erat, loco filiae habebatur — c) per adoptionem (2) — d) per legitimationem filiorum illegitimorum (3). Unde patet quod cognatio esse poterat tantummodo in primo et quarto casu (4).

Agnatio igitur non solum cognatos, sed et alios comprehendebat. Et congruenter explicandae sunt tot definitiones, quae in fontibus inveniuntur (5), et ex quibus illa descendit definitio vulgaris penes interpretes juris: *agnati sunt cognati per virilis sexus personas* (6).

II — Agnatio peribat iisdem modis, quibus patria potestas, morte excepta. Si liberabantur personae subiectae a patria potestate per mor-

(21) par. 7 i. III, 6; l. 10, 9, 10. XXXVIII, 10. — Inter jura cognatorum connumeratur *jus osculi*: Festus, *Osculana;* Gell. II, 13; Cic. *de rep.* IV; 6; Plin. *H. N.* XIV, 13.

(1) Si matrimonium non fuisset justum, qui nascebatur non habebat, uti diximus, patrem coram jure. Descendentes per foeminam non erant agnati, quia in foemina deerat patria potestas: l. 195, 5, L, 16. Cf. Gai. 1, 156; par. 1 i. I, 15.

(2) par. 2 i. III, 2.

(3) par. 13 i. I, 10.

(4) Nihilominus dicitur communiter quod semper agnatio producit cognationem. Cf. Coll. XVI, c. 6, 2; l. 4, 2, XXXVIII, 10. Sed in his aliisque locis juris agitur improprie de cognatione; est cognatio simpliciter civilis, quae cadit cadente agnatione. Cf. par. 2 i. III, 2; l. 4, 2, XXXVIII, 10.

(5) Gai. I, 156; Ulp. XI, 4; XXVI, 1; Coll. XVI, c. 4, 1; l. 7, XXVI, 4; l. 10, 2, XXXVIII, 10.

(6) Iuxta regulam: *omnis agnatus est cognatus.* Arg. l. 4, 2, XXXVIII, 10. Sed cf. l. 23, 1, 7.

tem patrisfamilias, omnes qui sub unius potestate fuissent, recte eiusdem familiae seu agnationis appellabantur, quia ex eadem domo et gente proditi erant (7). Imo interdum agnatio oriebatur post mortem patrisfamilias favore earum quoque personarum, quae umquam sub patria potestate fuerant. Postumus e. g. fiebat agnatus fratris sui maioris (8).

§. 14. *Vinculum mixtum.*

I — *Adfinitas.* — Affines erant viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, cum diversae inter se essent, per nuptias copularentur, et altera ad alterius cognationis finem accederet; namque conjungendae affinitatis causa fiebat ex nuptiis — Nomina vero eorum haec erant: socer, socrus, gener, nurus, noverca, vitricus, privignus, privigna — Gradus autem affinitati nulli (1).

Ex quibus verbis Modestini deducitur:

1.⁰ fundamentum adfinitatis fuisse nuptias (2). Coniux recipiebat quasi suos cognatos *(ad fines cognationis)* eos qui vere cognati erant alterius coniugis: aliis verbis, cognati unius coniugis fiebant adfines alterius (3).

Num autem adfinitas inter ipsos coniuges daretur, quaestio est. Quidam affirmant (4); alii negant (5), quia arctius coniuges inter se coniunguntur et vinculo quodam speciali ab adfinitate diverso. Certum est adfinitatem non extitisse inter cognatos unius et cognatos alterius coniugis, neque inter coniugem et adfines alterius coniugis, quia *adfinitas adfinitatem* non parit (6).

2.⁰ per se loquendo non adfuisse gradus in adfinitate; gradus enim proprie ex generatione computabantur. Attamen mos erat gradus quoque in adfinitate computandi, et hic mos invenitur in ipsis fontibus juris (7).

II — Maximus inter effectus adfinitatis erat impedimentum quod exurgebat quoad matrimonium adfinium (8); impedimentum quod perdura-

(7) l. 195, 2, L, 16. Arg. l. 7 pr. IV, 5.

(8) l. 6, XXXVIII, 7 — Recenseri meretur opinio Baudry et Ducarroy, juxta quos agnatio non intelligitur nisi in linea ex transverso (*ad nati*); in linea recta adsunt tantummodo *paterfamilias* et *sui*.

(1) l. 4, 3-5, XXXVIII, 10.

(2) Matrimonium primo loco; sed et sponsalia, quae illud praecedunt et ad quod tendunt. Si utique nuptiae non sint interdictae: l. 4, 3, 8, XXXVIII, 10.

(3) l. 38, 1, XXII, 1.

(4) Citantur Frag. Vat. 218, 262, 302; l. 8, XII, 4; l. 38, 1, XXII, 1; l. 15, C. V. 3.

(5) Van Wetter, Cours élémentaire de droit rom., I, 4, 6 (Paris, 1893, ed. 3a). Cf. Glück, Pand. XXIII; Thibaut, I, 149.

(6) par. 8. i. I, 10; l. 34, 2, XXIII, 2; l. 4, 3, XXXVIII, 10.

(7) l. 10 pr. XXXVIII, 10.

(8) l. 4, 7 ib.

bat licet corruerent nuptiae quae originem adfinitati dederunt (9). Alii e contra effectus solummodo constante matrimonio existebant (10).

Adfinitas peribat per nuptiarum extinctionem (11).

§. 15. *Valetudo.*

I — Morbus dupliciter in iure considerabatur, vel quoad tempus, vel quoad obiectum. Quoad tempus distinguebatur morbus temporaneus (*morbus* proprie dictus) et morbus perpetuus (*vitium*) (1). Quoad obiectum morbus erat vel corporis vel animi.

II — *Morbus temporaneus.* — Incapacitatem juridicam haud gignebat. Tantummodo ab effectibus iuridicis excusabat, si solemnitates in judicio observatae fuissent, vel etiam damnum arcebat, si quod accidere potuisset propter absentiam valetudinarii; immo etiam causam praebebat beneficio restitutionis in integrum, si damnum accidisset (2). Interdum a personalium munerum exercitio eximebat (3).

Si morbus gravis esset, videtur quod excusatio admitteretur etiam in dierum intervallo, quibus idem morbus vacaret (4). Et hoc praesertim de morbo illo dicendum, qui *comitialis* appellabatur, quia antiquitus, si quem in comitiis occupasset, comitia interrumpebantur (5).

III — *Morbus perpetuus.* — Incapacitatem veram inducebat plus minusve secundum quod in corpus vel animum caderet.

1.º *Vitium corporis.* — In jure romano praesertim considerabatur impotentia, quae vel natura vel arte inducta fuisset. Prima in spadonibus; altera in castratis inveniebatur (6).

Spadones poterant matrimonium contrahere et actus juridicos, qui ad illud se referebant, ponere.

(9) Gai. I, 63; Ulp. V, 6; Collat. VI, c. 2, 3; par. 6, 7, i. I, 10; l. 14, 4, XXIII, 2.

(10) Frag. Vat. 303; l. 3, 1, III, 1.

(11) Gai. I, 63; Frag. Vat. 218, 219, 303; l. 3, 1, III, 1; l. 84, XXIII, 3; l. 4, 10, 11, XXXVIII, 10; Cic. *pro Cluent.*, 67.

(1) l. 1, 7, XXI, 1; l. 101, 2, L, 16: Cic. *Tuscul.* IV. 13; Gell. IV, 2. Cf. l. 12 pr. XXVII, 1.

(2) l. 2, 3 II, 1; ll. 26, 9; 27, IV, 6.

(3) l. 2 C. X, 50. Cf. l. 8, XXII, 5.

(4) l. 53, XXI, 1. Habita ratione effectus morbi temporanei impediendi jura, appellatus est *sonticus*: l. 113, L, 16; Festus, *Sontica, Sonticum;* item *Insons, Sons;* Gell. XX, 1, 97. Cf. l. 2, 3, II, 11; l. 60, XLII, 1.

(5) Cf. l. 53, XXI, 1; l. 1, 1, XXVI, 8.

(6) Attamen vox *spado* generaliter comprehendebat et eos qui natura et eos qui arte spadones erant: l. 128, L, 16. Cf. par. 9 i. I, 11; ll. 6, 2; 7; 38, 7, XXI, 1; l. 39, 1, XXIII, 3; ll. 4, 2; 5, XLVIII, 8. Inter castratos aliae divisiones admittebantur: e. g. thlibiae, thlasiae.

Castratus e contra, propter vitium externe certum, impotens prorsus erat; proinde nec adoptare, nec manumittere matrimonii causa, nec dotem persequi, nec postumum haeredem sibi instituere valebat (7).

2.º *Vitium animi.* — Graviorem hoc vitium incapacitatem afferebat, et inveniebatur in dementibus, mentecaptis, furiosis, fatuis (8). *Furiosus* erat ille, qui lucidis intervallis gaudebat communiter; *demens* qui nullum lucidum intervallum habuisset; *mentecaptus* generalis erat vox pro omnibus vitiis animi; (9) *fatuus* qui debilitate judicii laborasset (10).

Omnes isti, quum quid agerent nescirent, ad actus juridicos incapaces erant (11). Quod si quis morbo aliquando vacaret e. g. furiosus qui lucidis intervallis gauderet, tunc poterat juridice agere (12). Imo, si actum fuisset de jurium retentione, utique capaces erant (13); item de adquisitione, si quidem ipsis ignorantibus fieri posset (14).

Furiosus jam per leges XII Tab. curatelae subiiciebatur (15). Ex ipsis, pariter prodigus sub curatela erat (16), nam prodigus dementi comparabatur, et proinde ei bonis interdictum erat, ne disperderet (17).

§. 16. *Domicilii notio.*

I — Domicilium erat, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituisset, unde rursus non erat discessurus, si nihil

(7) par. 9 i. I, 11; l. 39, 1, XXIII, 3; l. 6 pr. 1, XXVIII, 2; l. 14, 1, XL, 2 — De aliis vitiis corporis, e. g. coecitate, surditate etc. videbimus suis locis quasnam iuris limitationes afferrent.

(8) Neque penes ICC. romanos, neque penes scriptores constans est loquendi ratio circa huiusmodi distinctiones. Furiosus dicitur aliquando demens: l. 14, I, 18; l. 7, 1, XXVII, 10, et pluribus aliis locis. E contra furiosus distinguitur a demente in l. 6, XXVII, 10; l. 25 C. V, 4. Penes Cic. *Tuscul.* III, 5 insania distinguitur a furore; sed Cicero insaniam intelligit non tam absentiam quam inconstantiam seu paupertatem mentis.

(9) Arg. l. 25 C. V. 4.

(10) l. 19, 1 i. f. XLII, 5. Cf. l. 2, III, 1; l. 21, XLII, 5. Non est confundendus fatuus cum illo qui segnitie, vel rusticitate, vel inertia, vel simplicitate, vel ineptia, vel illiteratura laborat: l. 3, 18, XXVI, 10. Cf. l. 6, 19, XXVII, 1. Omnes enim isti in negotiorum gestione prudentes esse possunt: par. 8 i. I, 25; l. 6, 19, XXVII, 1. Eis licet solummodo jus ignorare, praesertim si rustici et illiterati sint, et tunc ab errore excusantur: l. 7, 4, II, 1; l. 2, 1, II, 5; l. 1, 5, II, 13; l. 3, 22, XXIX, 5; l. 2, 7, XLIX, 14; l. 8 C. VI, 9.

(11) Gai. III, 106; par. 1, i, II. 12; par. 8 i. III, 19; l. 14, I, 18; l. 22, 7, XXIV, 3; l. 12, XLVIII, 8; ll. 5; 40, L, 17; l. 2 C. IV, 38.

(12) par. 1 i. II. 12; l. 14, I, 18; l. 22, 7, XXIV, 3; l. 2 C. IV, 38; l. 6 C. V, 70; l. 9 C. VI, 22.

(13) l. 20, I, 5; l. 16, 2, XXIII, 2; l. 16, 1, XXVIII, 1.

(14) l. 16, 1, XXVIII, 1; l. 63, XXIX, 2.

(15) Gai. II, 64; par. 3 i. I, 23; l. 3, XXVI, 1; l. 13, XXVII, 10; l. 6. C. V, 70.

(16) ll. cc.

(17) Paul. III, 4.ª, 7. Cf. Ulp. XII, 2; par. 1 i. I, 23; l. 1 pr. XXVII, 10; Cic. *de senect.*, VII.

avocaret, unde, cum profectus esset, peregrinari videretur, quo si redierit peregrinari jam destitisset (1).

Haec est definitio Imperatorum Diocletiani et Maximiani. Non est utique undequaque perfecta, quia omnis definitio in jure periculosa est (2), magisque descriptio quam definitio videtur. Sed quidquid sit, apparet duplex elementum requiri, unum materiale, alterum spirituale. Quando quis summam omnium rerum et activitatum suarum alicubi constituisset, tum animum perpetuo ibi morandi habuisset, domicilium oriebatur.

II — Sequitur quod fere impossibile sit sine domicilio esse: tamen fieri interim potest, dum quis primum dereliquerit et novum quaereret domicilium, quod sine domicilio habeatur (3). E contra possibile est quod aeque principaliter activitas personalis explicetur duobus in locis, et duo domicilia sic exurgant (4).

III — Domicilium quo de agimus est domicilium in vero et stricto sensu. Alia quae vocantur domicilia, nempe adquisita per nativitatem aut per legem, aut aliquo facto, non videntur in sensu stricto domicilia, quia persona habet ad ipsa loca relationem ex causis diversis. Sic domicilium originis est ex eo, quod quis generatur, et qui communiter in generantis potestatem cadit consequens est, quod eiusdem generantis sequatur domicilium. Pariter domicilium legale ex dispositione legis oritur. Nos tamen communem tractandi regulam in materia de domicilio secuti, primo de domicilio vero seu voluntario, deinde de aliis domiciliis agemus.

§. 17. *Domicilia diversa.*

I — *Domicilium voluntarium.* — Quandonam existerent duo illa elementa, quae constituunt domicilium voluntarium, res erat facti; ex circumstantiis diiudicari debebat (1).

Effectus domicilii voluntarii erant:

1.° *qualitas incolae.* (2). *Incola* distinguebatur a cive (3). Civitas fere semper habebatur in loco domicilii, quia fere semper domicilium quis tenet, ubi originem suam sortitus est. Interdum tamen domici-

(1) l. 7 C. x, 39. Cf. l. 27, 1, L, 1; l. 203, L, 16.

(2) l. 202, L, 17.

(3) l. 27, 2, L, 1.

(4) l. 11, I, 9; ll. 5; 6, 2, L, 1; l. 22, 3 cum l. 27, 3 ib.

(1) ll. 17, 5, 13; 27, 1, L, 1; l. 2 C. III, 24; l. 4 C. x, 39. Ex hac lege postrema eruitur quod domicilium legale est praesumptio veri domicilii voluntarii.

(2) l. 7 C. x, 39; l. 239, 2, L, 16. Ibi *incola* non est tantummodo qui alicubi domicilium habuisset, sed et qui in aliquem locum se contulisset ratione cuiusdam possessionis.

(3) l. 11 C. VII, 62; l. 4 C. x, 39.

lium transferebatur extra locum originis, et in hoc casu transferens fiebat incola novi illius loci et remanebat civis loci unde originem traxerat nativitate (4).

2.° *forum ordinarium.* Locus nempe ad quem quis vocari poterat et in quo iudex competens erat (5).

3.° *obligatio munera subeundi.* Munera personalia debebat quis perferre in loco domicilii (6).

Domicilium poterat ad libitum mutari, et immoralis conditio videbatur huic libertati contraria (7).

II — *Domicilium originis* — Erat illud quod quis per nativitatem sortiebatur, nempe erat locus domicilii patris si filius erat legitimus (8); locus domicilii matris, si filius erat illegitimus (9).

Distinguenda est *origo* a *domicilio originis.* Origo erat locus nativitatis patris, seu patria patris. Unde in jure dicitur quod originem paternam nemo mutare potest (10); e contra locum domicilii originis poterat mutare, nempe deserere locum domicilii patris in quo quis natus erat et alio se transferre.

Praeter domicilium originis speciale, erat penes Romanos domicilium originis generale pro omnibus, nempe Roma (11).

Effectus domicilii originis erant:

1.° *qualitas civis* (12).

2.° *forum* — Quod locus originis constituerit forum ordinarium simul cum loco domicilii voluntarii certum est (13), quamvis perraro eius mentio in fontibus habeatur (14).

3.° *obligatio munera subeundi* (15).

(4) l. 7 C. x, 39.

(5) l. 5 C. III, 13. Cf. Frag. Vat. 325, 326 (1, 2); C. III, 13; l. 3 C. III, 19.

(6) ll. 22, 2; 29; 34, L, 1; ll. 3 pr; 6, 5, L, 4; ll. 1; 5 C. x, 38; ll. 5; 6, C. x, 39; l. un. C. x, 62. Cf. l. 4 C. x, 39 - Munera personalia et in loco originis persolvebantur: l. 29, L, 1; ll. 1; 5 C. x, 38; l. 6 C. x, 39. Quoad munera realia, ista persolvebantur in locis ubi possessiones erant: ll. 6, 5; 14, 2, L, 4; ll. 10 pr.; 11, L, 5 - Ceterum, quoad onera personalia, realia et mixta, quae penes Romanos vigebant, conferatur praesertim l. 18, L. 4.

(7) l. 71, 2, XXXV, 1.

(8) l. 17, 11, L, 1.

(9) l. 1, 2 ib.

(10) l. 6, L. 1. Arg. ll. 22 pr.; 27 pr.; 32, 1 ib. Origo paterna erat qualitas cui renunciari non poterat: ll. 6 pr.; 15, 3; 17, 9, L. 1; ll. 3; 4; 5 C. x, 38. Saepe origo et domicilium originis confundebantur, quando nempe pater domicilium perpetuo tenuit in loco ubi ipse natus est.

(11) l. 33, L, 1. Cf. l. 6, 1, XXVIII, 1; Cic. *de leg.* II, 2; *de lege agr.* II, 32.

(12) l. 7 C. x, 39. Cf. l. 6, 1. L, 1; l. 29 ib.

(13) l. 29, L, 1.

(14) Non videtur a veritate abesse Maynz, I, 19, n. 22, qui opinatur potuisse reum declinare forum originis et invocare forum domicilii soliti; eodem modo quo si Romam citatus, potuisset declinare huiusmodi forum, quod omnibus civibus romanis commune erat. Et haec potest esse ratio cur forum originis raro inveniatur in fontibus. Cf. D. v. I, praesertim ll. 2, 3-6; 24 ib; l. 28, VI, 4.

(15) Cf. supra n. 6.

III — *Domicilium legale* — Erat illud quod lex in quibusdam adiunctis, aequitate suadente, constituebat, ita ut quis ibi commorari reputaretur, licet realiter alibi commoraretur.

Ad domicilium legale facile reducitur domicilium *conventionale*, scilicet illud quod pacto inter partes constitutum esset (16).

Fontes domicilii legalis erant plures: a) contractus (17) — b) res sita (18) — c) haereditas (19) — d) negotiorum gestio (20) — e) delictum (21) — f) qualitas personarum, nempe senator (22), miles (23), mulier nupta (24), relegatus (25), famulus (26).

§. 18. *Existimatio.*

I — Existimatio erat dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto auctoritate legum aut minuebatur aut consumebatur (1).

Amissio existimationis seu famae dicebatur *infamia* (2). Amissio fiebat propter aliquid a lege vel publica opinione reprobatum. Lex reprobabat facta personalia; opinio publica reprobabat personales conditiones (3).

Factum a lege reprobabatur dupliciter; vel incapacitatem juridicam post sententiam judicialem declarando, vel extra sententiam judicia-

(16) l. 1, v, 1; l. 1 C. III, 13. Cf. l. 29 C. II, 3 — Communiter interpretes distinguunt domicilium conventionale a domicilio legali.

(17) l. 54, 1, III, 3; l. 19, 1-3, v, 1; l. 1 C. III, 21.

(18) l. 1, 3 C. III, 19; Nov. 69, 1. Cf. ll. 38; 50, 1, v, 1; l. un. C. III, 20.

(19) l. 19 pr. v. 1; l. 1 C. III, 20. Cf. l. 50 pr. v. 1.

(20) l. 54, 1, III, 3; l. 19, 1-3, v. 1; l. C. III, 21.

(21) Nov. 69, 1. Cf. l. 1 C. III, 24; l. 1 C. Th. IX, 1.

(22) Domicilium Romae habebat: l. 11, I. 9; l. 22, 6, L, 1; l. 8 C. X, 39.

(23) Si nihil in patria possedisset domicilium habebat in loco ubi militabat: l. 23, 1, L, 1.

(24) Domicilium mariti: l. 65, v. 1; ll. 22, 1; 38, 3, L. 1; l. 9 C. X, 39. Cf. l. 5, XXIII, 2; l. 37, 2, L. 1.

(25) Domicilium in loco ubi detinebatur: l. 22, 3, L. 1. Cf. l. 27, 3 ib.

(26) Domicilium domini: ll. 1; 3; 4 C. III, 22.

(1) l. 5, 1, L. 13. Existimatio erat personalis dignitas, et veluti sequebatur mutationem personalitatis juridicae; quare prorsus consumebatur quando personalitas peribat per maximam capitis deminutionem: l. 5, 3 ib. Haec erat ratio cur iudicium circa existimationem appellaretur judicium *de capite* seu de statu. Cf. Cic. *pro Quinc.* 8; *pro Roscio com.* 6 — Existimatio idem sonat ac opinio, bona fama etc. Cf. l. 25, IX, 9.

(2) Infamia, turpitudo, ignominia, probrum etc. Cf. l. 42, L. 16; Cic. *pro Cluent.*, 42.

(3) Non quasi opinio publica solummodo reprobaret conditiones personales, quia facta mala et ab ipsa reprobantur; imo lex, quatenus reprobat, non repraesentat nisi publicam opinionem. At proprie publica opinio cadit super conditiones personales hoc sensu, quod ipsae directe in lege non respiciuntur. E contrario, licet lex non possit per se et directe reprobare nisi quod malum homini imputandum sit, tamen non potest quin rationem habeat etiam de opinione publica circa quasdam conditiones personales, ita ut in potestate sit magistratuum eas considerare plus minusve in judicando.

lem. Quare interpretes distinguunt infamiam in infamiam *immediatam* et *mediatam*. *Mediata* seu indirecta, quae factum humanum reprobat *mediante sententia; immediata* seu directa, quae per se cadit super factum quin expectetur sententia. Utraque infamia dicitur *juris*.

Infamia *facti* erat infamia conditionis personalis, quam reprobabat publica opinio.

II — *Infamia juris.*

1.⁰ *Infamia juris mediata seu indirecta:* a) condemnati in judiciis publicis infamia notati erant (4) — b) condemnati etiam in quibusdam judiciis privatis vel judiciis extraordinariis (5).

2.⁰ *Infamia juris immediata seu directa:* a) tutor vel curator, qui pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre, nec testamento destinatam, duxisset in uxorem, vel eam filio suo junxisset (6) — b) qui sponsalia vel nuptias binas iniisset, aut cum personis a iure prohibitis (7) — c) mulier in adulterio deprehensa (8) — d) vidua intra tempus luctus alteri nubens, itemque qui eam voluntarie suscepisset, itemque qui jussisset nubere aut passus esset ducere (9) — e) exercens improbum foenus (10) — f) milites cum ignominia ab exercitu dimissi (11) — g) lenocinium exercens (12) — h) quaestum sui corporis faciens (13) — i) masculorum concubitores et qui passi essent (14) — l) debitores decoctores, quorum bona veniissent (15) — m) qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo reus pactus esset, ne ad judicium traheretur (16).

III — *Infamia facti* — Contrahebatur: a) propter originem (17) b) propter professionem (18) — c) propter factum leviter imputan-

(4) par. 2 i. IV, 18; ll. 1; 4, 4, III, 2; l. 43, 12, XXIII, 2; l. 4, XLVII, 15; ll. 7; 14, XLVIII, 1; l. 1, pr. XLVIII, 7; Lex Iul. Munic. lin. 117-120, penes Bruns p. 111.

(5) l. 13, 8, III, 2; ll. 1; 3, XLVII, 12; l. 7, XLVIII, 1; l. 2, XLVIII, 20.

(6) l. 66 pr., XXIII, 2; l. 7 C. V, 6.

(7) ll. 1; 13, 1-4, III, 2; l. 2. C. V, 5; l. 18 C. IX, 9.

(8) l. 43, 12, 13, XXIII, 2.

(9) ll. 1; 11-13, III, 2; l. 15 C. II, 12; ll, 1; 2 C. V, 9; l. 1 C. Th. III, 8. Cf. l. 4 C. VI, 56; Nov. 39, C. 2, 1.

(10) l. 20 C. II, 12.

(11) ll. 1; 2 pr. 1-4, III, 2; l. 3 C. XII, 36; Lex Iulia Munic. lin. 121, penes Bruns p. 111.

(12) ll. 1; 4, 2, 3, III, 2; l. 43, 6-9, XXIII, 2; Lex Iul. Munic. lin. 123, penes Bruns p. 111.

(13) l. 24, III, 2; ll. 41 pr.; 43 pr., 1-5, XXXIII, 2; Lex Iul. Munic. lin. 122, penes Bruns p. 111.

(14) l. 31 C. IX, 9; l. 3 C. Th. IX, 7.

(15) l. 11 C. II, 12; l. 8. C. VII, 71.

(16) par. 2 i. IV, 16; ll. 1; 6, 3, III, 2. Revera qui paciscitur, confiteri crimen intelligitur: l. 5, III, 2.

(17) l. 44 pr., XXIII, 2; l. 5, XL, 11; l. 7 C. V, 5.

(18) Ulp. XIII; l. 1, III, 2; l. 44 pr., 5, III, 2; l. 7 C. V, 5. Cf. l. 6 C. XII, 1.

dum (19). — Personae quae publica opinione notabantur propter originem vel professionem vocabantur *abiectae, humiles* etc. (20).

§. 19. *Effectus infamiae.*

I — Effectus infamiae lato sensu acceptae plures erant, licet non omnibus omnes infames aequaliter subiicerentur. Principaliores erant sequentes:

a) arcebantur a muneribus publicis (1) — b) actiones populares non poterant proponere, nisi de malo vitando ageretur vel sui vel suorum (2) — c) incapaces erant ad postulandum (3) — d) item ad testimonium ferendum, vel saltem non omnimoda fides eis adhibebatur (4) — e) non poterant cognitores esse (5) — f) neque de dolo agere contra honestam personam (6) — g) saepe non poterant legitimum matrimonium contrahere (7) — h) fratres sororesve testatoris, qui sibi haeredem infamem adlegisset, admittebantur ad querelam inofficiosi testamenti (8) — i) patria potestas interdum penes infames nutabat (9).

II — Infamia aliquando etiam in vita cessabat.

1. Infamia juris cessabat: a) per restitutionem in integrum (10) — b) per Principis gratiam (11) — c) per lapsum temporis (12).

2. Infamia facti cessabat: a) per natalium restitutionem (13) — b) per conditionis mutationem (14).

(19) l. 28 C. IX, 9.

(20) l. 7 C. V, 5; Nov. Marciani, LXXXIV. Cf. Ulp. XIII; l. 1, 6, III, 1; l. 1, III, 2; l. 6 C. XII, 1; Lex Iul. Munic. lin. 123, penes Bruns p. 111. Etiam plebeii infimae classis aliquo sub respectu inter personas humiles censebantur: l. 12, L. 2. Proinde limites erant in capacitate juridica, nempe in testium munere parvipendebantur (l. 3 pr. XII, 5) et durior erat eorum conditio in poenis subeundis (arg.. l. 7, 2, L. 2) et eis aditus occludebatur ad munera quaedam publica (ar. l. 7, 2, L, 2.) Attamen inter abiectas humilesque personas non considerabantur ingenuae, licet pauperes: l. 7 C. V, 5; Nov. Marcian. 84.

(1) ll. 2, 1, 9; 3, IV, 8; l. 1 pr. XLVIII, 7; l. 12, L, 2; ll. 2; 6; 12 C. XII, 1; l. 3 C. XII, 36; l. 12, 3 C. XII, 58; l. 1, C. Th. IX, 27; Cic. *pro Cluent.* 42.

(2) l. 4, XLVII, 23; ll. 4; 8, XLVIII, 2. Cf. l. 7 pr. XLVIII, 4; l. 15 C. IX, 1.

(3) Paul. I, 2, 1; l. 1, 5, 6, 8 III, 1. Cf. Frag. Vat. 323; par. 11 i. IV, 13; l, 4, XLVII, 23.

(4) Paul. V, 15, 1; l. 2, I, 9; ll. 3 pr. 5; 13, XXII, 5. Cf. Nov. 90, 1.

(5) Paul. I, 2, 1; Frag. Vat. 324.

(6) Sed solummodo poterant agere actione in factum: ll. 11, 1; 2, IV, 3.

(7) Ulp. XIII; XVI, 2; ll. 23; 24; 27; 42-44, XXIII, 2. Cf. l. 33 C. 1, 4; ll. 23; 28; 29, C. V, 4; Nov. 78, 3; Nov. 117, 6.

(8) l. 27 C. III, 28; l. 1 C. Th. II, 19.

(9) l. 3, 4, 5, XLIII, 30. Arg l. 17, 13, XLVII, 10.

(10) l. 1, 9, 10, III, 1.

(11) l. 4 C. VI, 56. Arg. l. 1, 9, 10, III, 1.

(12) l. 8, III, 1; l. 13, 7, III, 2; ll. 3, 1; 5, L, 2; l. 3 C. II, 12; C. X, 59. Cf. l. 15 pr., L, 1; l. 4 C. II, 12.

(13) D. XL, 11; C. VI, 8. Cf. Nov. 78, 1.

(14) l. 23 C. V, 4.

§. 20. *Conditio socialis et professio.*

I — Dignitas personarum ex una parte privilegia; utilitas professionis ex altera immunitates induxerunt.

II — *Dignitas personarum* — Triplex divisio sub hoc respectu habebatur: *cultus, militia, officium.*

1.° *Cultus* — Iam antiquitus privilegia concessa fuerunt illis, qui cultui deorum serviebant (1). Principem locum hac in re obtinuerunt Flamines Diales et Vestales, qui et a patria potestate liberabantur (2).

Introducta dein christiana religione, clerici privilegiis plurimis donati sunt: a) forum speciale fuit religiosis viris concessum (3) — b) peculium habebant adinstar quasi castrensis ex iis, quae clericatus tempore sibi adquirebant, nec contra testamentum ipsorum de his bonis quaerelae inofficiosi locus erat (4) — c) immunes erant a tutela et cura, nisi jure cognationis quis eam suscipere vellet (5) — d) episcopi et a patria potestate liberabantur (6).

2.° *Militia* — a) milites fruebantur privilegio circa modum testandi, dummodo actu militiam exercerent (7) — b) pro ipsis inductum est speciatim peculium quasi castrense de quo testari poterant — c) pariter privilegiis gaudebant in materia successionis (8) — d) veterani a personalibus officiis liberabantur (9).

2.° *Officium* — Qui in summis dignitatibus constituti summa officia exercebant a) liberabantur a curialibus muneribus (10) — b)

(1) l. 13 pr. L, 5. Cf. Frag. Vat. 148; Tert. *Apol.* 15.

(2) Gai. I, 130, 145; III, 114; Ulp. x, 5; Gell. I, 12; Plut. *Numa,* x; Tac. *Ann.* IV, 16.

(3) Cui tamen singularis persona renuntiare poterat: l. 51 C. I, 3; l. 29 C. II, 3.

(4) ll, 34; 50 C. I, 3; Nov. 123, 19.

(5) l. 52 C. I, 3 cum Auth.; Nov. 123, 5. Episcopi tamen et monachi eam suscipere non poterant: Auth. ad l. c.

(6) Auth. prima ad l. 34 C. I, 3; Nov. 81, 3 — Notandum quod si capacitas cleri interdum limitibus circumscripta apparet, hoc potius in dignitatis defensionem erat. Quare e. g. negotiatio vetabatur: Nov. 123, 6.

(7) l. 42, XXIX, 1. Testamentum militare non erat concessum lectis tironibus (italice: *reclute*); item illis qui ignominia ab exercitu dimittebantur; item post annum honestae vel causariae missionis: pr. i. II, 12; ll. 26; 42, XXIX, 1.

(8) par. 6 i. II, 19; l. 22, 15 C. VI, 30. Cuius quidem privilegii fundamentum in conditione speciali militis erat, cui jus ignorare licebat: l. 9, 1, XXII, 6; l. 22, pr. C. VI, 30. Cf. l. 5 C. IX 23 data « *Gallicano militi* ».

(9) Frag. Vat. 140; l. 8, XXVII, 1; l. 7, L. 5; C. V, 65. Cf. l. un. C. X, 55 — Militibus aderant etiam juris limitationes: nempe procurationem gerere non poterant, (l. 8, 2, III, 3; l. 7. C. II, 13; l. 6, C. Th. II, 12. Cf. ll. 9; 13 C. II, 13); neque tutelam, (l. 14, I, 25); neque praedia in locis, in quibus militabant, comparare, (l. 9. XLIX, 16); neque praedia conducere aut alio modo ruri incumbere, (ll. 31; 35 C. IV, 65; l. 15 C. XII, 36).

(10) l. 66 C. X, 31.

peculium adinstar quasi castrensis habebant (11) — c) liberabantur a patria potestate (12) — d) foro privilegiato fruebantur et cautionem personalem in causis privatis praestare non cogebantur (13).

III — *Utilitas professionis vel negotiationis* — Plures erant classes personarum, quae in reipublicae utilitatem privilegia possidebant (14).

1.° Philosophi, rethores, medici, oratores, grammatici a) a tutela excusabantur (15) — b) peculium adinstar quasi castrensis habebant (16) — c) a muneribus patriis erant exempti, si Romae profiterentur (17).

2.° Annonaria negotia exercentes a muneribus publicis, tutela praesertim, excusabantur. Ita sane navicularii, qui cuiusdam capacitatis navim in reipublicae utilitatem fabricassent (18); navicularii simplices (19); pristinum sub certis conditionibus exercentes (20); mensores frumentarii (21); ipsi negotiatores frumenti (22).

3.° Eadem ratione negotiatores cibariorum praeter frumentum (23).

4.° Exactores tributorum (24).

5.° Plerique artifices (25).

(11) l. 37 C. III, 28.

(12) par. 4, i. I, 12; l. 5 C. XII, 3; Nov. 8.

(13) l. 3, C. III, 24; l. 17 C. XII, 1.

(14) Generatim cf. i. I, 25; D. XXVII, 1; C. V, 62, 67; X, 48, 50, 56, 66.

(15) Frag. Vat. 149; l. 6, 1, 5, 8, XXVII, 1. Non item geometrae et jus civile alibi quam Romae docentes: Frag. Vat, 150; ll. 6, 12; 22, pr. XXVII, 1; l. 2, C. X, 64.

(16) l. 37 C. III, 28. Quod pariter de advocatis dicendum, qui advocationem compleverint, necnon de assessoribus: l. 4 C. I, 51; l. un. C. X, 55; l. 2 C. Th. I, 21 — l. 4, C. II, 7; l. 7, C. Th. II, 10. Cf. l. 6 C. II, 7; Nov. Theod. XV.

(17) l. 9 pr. L, 5 — Circa omnes has personas potest dubitari num potius immunitates ob reverentiam professionis concessae sint, vel ob utilitatem. Fortasse propter utrumque; et videtur, saltem antiquitus, quod ratio utilitatis praevaluerit.

(18) l. 3. L, 5. Cf. Nov. Theod. II, 8; Svet. *Claud. Drus.* 18. Si latini fuissent jus Quiritium consequebantur: Gai. I, 32c; Ulp. III, 6.

(19) l. 5, 3, L. 6.

(20) Frag. Vat. 233; l. 46 pr. XXVII, 1. Excipiebantur pistores Ostienses qui excusationem non habebant: Frag. Vat. 234. Cf. l. 4 C. Th. XIV, 15; l. un. C. Th. XIV, 19. E contra urbici pistores excusabantur a tutela etiam filiorum suorum collegarum: Frag. Vat. 235, 237; l. 46, 1. XXVII, 1; et hoc licet juxta regulam constitutam socii collegii a tutela filiorum sodalium non excusarentur: Frag. Vat. 142; ll. 17; 41, 3, XXVII, 1. Cf. Frag. Vat. 235; l. 46, 1, XXVII, 1. Recolendum est, quod exercitor pristini, si latinus fuisset, consequebatur jus Quiritium: Gai, I, 34; Ulp. III, 1.

(21) l. 26, XXVII, 1.

(22) ll. 5, 3; 9, 1, L, 6.

(23) Frag. Vat. 236, 237. Cf. l. 5, 6, 8, L, 6.

(24) l, 5, 10, L, 6.

(25) l. 6, L. 6. Cf. C. X, 64; C. Th. XIII, 4. — Quoad agrorum cultores videretur quod maximis privilegiis antiquitus donarentur. At paulatim, servitute per imperium romanum diffusa, agri traditi sunt servis aut colonis. Rusticis solummodo commodum remansit — si commodum dici potest — quod mitius in jure judicarentur, quodque iis jus ignorare liceret: l. 2, 1, II, 5; l. 1, 5, II, 13; l. 2, 7, XLIX, 14; l. 8 C. VI, 9; l. 4 C. Th. VIII. 18.

§. 21. *Religio.*

I — Religionis maxima cura penes Rempublicam. Antiquitus adversus exteras religiones sedula animadversio (1).

Introducta christiana religione, contra huiusmodi judaicam superstitionem — uti appellabatur — persecutiones insurrexerunt. Non tamen eodem semper gradu; e. g. tempore Ulpiani et Modestini non erat limitata capacitas juridica illorum, qui novae religioni studebant (2). E contra tempore Traiani, aliorumque imperatorum (3). Sub Constantino religio christiana favorem obtinuit, et exindae latae sunt leges in falsas sectas, quae facile ad quatuor reducuntur, nempe paganorum, judaeorum, haereticorum et apostatarum.

1.° Paganorum templa occludi jussa sunt, et sacrificia cessari (4). Bona et personae paganorum non fuerunt exturbata (5).

2.° Iudaei tolerati sunt (6). Si quas limitationes acceperunt, id cautioni tribuendum adversus indolem peculiarem populi judaici (7).

3.° Haeretici gravius habiti sunt (8); praesertim si ad quasdam sectas pertinebant (9).

4.° Apostatae eodem modo fere ac haeretici (10).

CAPUT IV.

DE CESSATIONE CAPACITATIS JURIDICAE

§. 22. *Cessatio totalis.*

I — Capacitas juridica cessabat per cessationem eodem tempore omnium elementorum ipsam constituentium, libertatis scilicet, civitatis, familiae. Id eveniebat quando homo naturaliter, vel civiliter moriebatur.

II — *Mors naturalis.* — Mors debebat esse certa; non praesumebatur, quia in jure potius praesumitur vita. Quare probationes requirebantur omni exceptione maiores (1).

(1) Liv. IV, 30; XXV, 1. Cf. V. 17, 25, 28, 40; VI, 41; XXII, 9; XXXIX, 8, 16; XL, 29. Poëtae sacra peregrina contemptui devovebant. Cf. Iuvenalem, praesertim Sat. VI, 511 seq.

(2) l. 15, 6, XXVII, 1; l. 11 pr. XLVIII, 8; l. 3, 3, L. 2.

(3) Celeberrima est epistola Plinii junioris ad Imp. Traianum, *Ep.* X, 97; de qua cf. Tertul. *Apol.* II. Cui Traianus dedit responsum: Plin. *Ep.* X, 98.

(4) l. 1 C. I, 11; l. 4 C. Th. XVI, 10.

(5) ll. cc.

(6) ll. 11; 13 C. I, 9; l. 26 C. Th. II, 8; l. 8, C. Th. VIII, 8; l. 18 C. Th. XVI, 8.

(7) ll. 6; 19 C. I, 9; l. 1 C. I, II; l. 2 C. Th. III, 7; l. 5 C. Th. IX, 7; ll. 1; 2; 4 C. Th. XVI, 9; Nov. Th. VIII.

(8) l. 1 C. I, 5; l. 1, C. Th. XVI, 5.

(9) Cf. C. I, 5; I, 6; C. Th. XVI, 5, 6.

(10) Cf. C. I, 7; C. Th. XVI, 7.

(1) Exemplum v. in Nov. CXVII, 11. An ex absentia probatio mortis oriri possit, in jure romano non queritur.

Interdum vero probatio momenti mortis difficillima, immo moraliter impossibilis evadit, quando scilicet agitur de commorientibus (2). Interprétes generatim duplex Romanorum principium viguisse admittunt. Si commorientes fuissent in linea recta conjuncti cognatione, seu si de ascendente et descendente actum fuisset, praesumebatur descendens supervixisse, si pubes; ascendens vero praesumebatur, si descendens fuisset impubes (3). Si commorientes non fuissent in linea recta inter se coniuncti, tunc veluti insimul mortui habebantur (4). In communi ergo sententia Romani ICC. systema praesumptionum adoptaverunt in linea recta; secus, nullum proprium systema habuerunt — Iamvero ex textuum inspectione fortasse dicendum esset ICC. potius more suo ex praxi singulari criterium desumpsisse, et illum ex duobus supervixisse, in cuius successione majus commodum iuris. Aliis verbis, semper prae oculis hoc criterium habuisse, ut inter duas jurium successiones illa praevaluerit, quae maioris momenti (5). Quare ratio aetatis et proinde vigoris corporalis in linea recta admittebatur inhaerendo huiusmodi criterio practico. Revera Triphoninus in l. 9, 1, 2, XXXIV, 5 loquitur de commorientibus patre et filio, quin distinguat in filio pubertatem vel impubertatem, et tamen diversam pro casuum diversitate in praxi decisionem profert. In par. 4, ibi, distinguit utique inter filium puberem et impuberem, sed non ex praesumptione; verum ex casu practico. Quod si Javolenus et Gaius (6) praesumptionem admittere videntur, fortasse principia statuisse non est dicendum.

Mortuo homine cessabat ejus juridica persona. Ius solummodo prosequebatur defensionem cadaveris (7).

III. — *Mors civilis.* — Mors civilis erat maxima capitis deminutio, quae iisdem modis contingebat, quibus et servitus (8).

Si maxima capitis deminutio ex captivitate orta fuisset, effectus eius cessabat jure postliminii (9) duplici in casu: si captivus in patriam regrediebatur, vel si penes hostes moriebatur.

(2) Quoad commorientes cf. Windscheid, trad. ital. Fadda et Bensa, II, nota α.

(3) Citantur l. 26, XXIII, 4; ll. 9, 1, 2, 4; 16 pr.; 22; 23, XXXIV, 5; l. 17, 7, XXXVI, 1.

(4) Citantur ll. 8; 9, 3; 16-18 pr. XXXIV, 5; l. 34, XXXVI, 1; l. 26, XXXIX, 6.

(5) l. 10, 1, XXXIV, 5.

(6) ll. 22; 23, ib.

(7) l. 1, 4, 6, XLVII, 10.

(8) V. superius par. 3.

(9) D. XLIX, 15; C. VIII, 51.

a) Si in patriam regressus fuisset, omnia sua jura in pristinum recuperabat (10).

b) Si moriebatur penes hostes, tunc fictione legis Corneliae veluti mortuus censebatur in libertate, scilicet eo momento quo captus fuerat (11).

§. 23. *Cessatio partialis.*

I — Cessatio partialis fiebat per secundi vel tertii elementi amissionem ex illis tribus requisitis ad capacitatem juridicam.

II — *Media capitis deminutio.* — Fiebat per amissionem civitatis (1). Quod dupliciter contingere poterat: vel ex delicto, vel non.

a) Ex delicto quis capitis mediam deminutionem incurrebat quando in exilium mittebatur. Antiquitus exilium erat *aqua et igni interdictio* (2), cui dein successit deportatio (3). Qui ita civitatem amittebat, poterat a Principe in integrum restitui (4) vel per gratiam generalem, vel per gratiam specialem; si generalis gratia, solummodo civitas recuperabatur; si specialis, simul cum civitate etiam jus familiae recipiebatur (5).

b) Ex non delicto, si quis civitatem alteram petiisset, quia hoc ipso renuntiabat civitati romanae propter regulam, quod nemo duarum civitatum civis esse posset, uti diximus (6).

III — *Minima capitis deminutio.* — Fiebat per amissionem familiae (7). Quod tripliciter contingere poterat: vel adoptione, vel conventione in manum, vel emancipatione.

(10) par. 5 i. I, 12; ll. 4; 5 pr. 1, 2; 30, XLIX, 15. Excipe si quis armis victus hostibus se dederit, aut transfuga fuerit: ll. 17; 19, XLIX, 15. Cf. l. 19, 8 ib.; item excipe si ob aliquod delictum fuisset hostibus a Patre Patrato deditus, et hostes noluissent eum recipere, quia in hoc casu quaestio erat num civis romanus remaneret veluti postliminio reversus: ll. 4; 17, XLIX, 15; l. 17, L. 7. Cf. Cic. *pro Caec.* 34; *de orat.* 40.

(11) Paul. III, 4.a, 8; ll. 18; 22 pr., 1, XLIX, 15. Vide quaestionem peculiarem in Gaio, I, 129.

(1) Gai. I, 128; Ulp. X, 3.

(2) Gai. I, 128, 161; Ulp. XI, 12; par. 2 i. I, 16; l. 5 pr. IV, 5.

(3) par. 2 i. I, 16; ll. 6 pr.; 14, 1; 15, XLVIII, 22. Ex par. 2 i. cit. videntur aqua et igni interdictio et deportatio non tam unica poena duplex historicum momentum habens, sed potius duas diversas poenas. habuisse. Aqua et igni interdictio erat expulsio ab urbe Roma prius, et dein etiam ab universa Italia. Deportatio non simpliciter expulsio, sed etiam assignatio alicui loco.

(4) par. 1 i. I, 12.

(5) l. 9 C. IX, 51. Cf. ll. 1; 6 ib. Deportatio differebat a relegatione, tum quia relegatio non auferebat civitatem (par. 2 i. I, 12; ll. 4; 7, 3; 14, 1; 18 pr. XLVIII, 22); tum quia deportatio erat perpetua, relegatio autem poterat esse perpetua et temporalis, (ll. 7, 2; 14 pr.; 18 pr., 1 ib.). Duplex relegandi modus; vel quis in certum locum relegabatur, vel cui certus locus interdicebatur, ne ipsum ingredi posset: ll. 5; 7 pr.; 14 pr. ib.

(6) Cf. superius par. 5, n. 13.

(7) Gai. I, 162; Ulp. XI, 13; Boeth. *ad Cic. Top.*, IV, 18.

a) In adoptione (8). Quae duplex erat: si alieni juris quis dabatur alteri in adoptionem, appellabatur simpliciter *adoptio:* si sui juris quis se dabat alteri in adoptionem, appellabatur *adrogatio.*

b) In conventione in manum mariti (9). Hic pariter mulier poterat esse sui juris vel alieni juris quando conveniebat.

c) In emancipatione (10). Quae fieri poterat vel a potestate patria, vel a potestate maritali.

Effectus minimae capitis deminutionis erant:

1.⁰ quoad familiam — Homo sui iuris quando alterius familiam ingrediebatur amittebat suam conditionem — Homo alieni juris per adoptionem nonnisi mutabat familiam (11). — Homo alieni juris per emancipationem non solum non amittebat, sed imo proficiebat in capacitate juridica (12).

In omnibus minimae capitis deminutionis casibus jus agnationis perimebatur (13).

2.⁰ quoad conditionem juridicam. — Facile intelligitur quod emancipatus per adquisitam libertatem omnem lucrandi potestatem reciperet. Item facile intelligitur quaenam conditio hominis alieni juris qui dabatur in adoptionem, cum non ageretur nisi de materiali mutatione familiae.

Circa illum, qui sui juris, se alteri per adrogationem tradidisset (14), in jure antejustinianeo constitutum erat *primo*, quod omnes res adrogati in adrogantem transirent, exceptis juribus quibusdam quae peribant (15) — *secundo*, quod obligationes adrogati perirent per adrogationem (16) — *tertio*, quod post adrogationem obligationes personales ab adrogato susceptae nullius essent effectus quoad adrogantem (17).

(8) Gai. l. c.; Paul. III, 6, 29; Ulp. l. c. Cf. par. 3 i. I, 16.

(9) Gai. l. c.; Ulp. l. c. Cf. i. l. c.

(10) Gai. l. c.; l. 3, 1, IV 5. Cf i. l. c.

(11) Gai. I, 158; l. 7 pr. IV, 5.

(12) Hoc absonum videtur, quod nempe sive propter simplicem mutationem familiae per adoptionem hominis alieni juris, sive propter emancipationem idest consecutionem libertatis quis capite minuatur. Ratio est historica: dimissio a patria potestate non fiebat nisi per triplicem imaginariam venditionem seu servilem causam: Ulp. X, 1; l. 3, 1, IV, 5. Cf. Gai. I, 132, 134; Epit. I, 6, 3; par. 8 i. 12; l. 11 C. VIII, 49; Plin. *Epist.* VIII, 18, 4; Svet. *Octav.* 64; Cic. *de fin.* I, 7; Gell. V, 19. Haec est ratio cur interdum, dum sermo fit de minima capitis deminutione, potius *mutatio status* simpliciter appelletur: Gai. I, 162; Ulp. XI. 13; Paul. I, 7. 2; III, 6, 29; par. 3 i. I, 16; l. 2, IV, 1; l. 9, 4. IV, 4; ll. 1; 3, pr.; 7 pr.; 11, IV, 5.

(13) Gai. I, 163; III, 21; par. 3 i. I, 15; par. 6 i. I, 16.

(14) Et hoc intelligatur quoque de conventione in manum mulieris sui juris.

(15) Gai. I, 98; III, 82, 83; par. 1 i. I, 10; par. 6 i. II, 9; Svet. *Tiber.*, 15. Cf. l. 7, 8, XXXVIII, 1; Cic. *Top.* IV.

(16) Gai. III, 84; IV, 38; par. 2 i. III, 10; l. 2, 12, IV, 5. Cf. Gai. IV, 80. Ne tamen fraudibus facilis esset aditus, ope Praetoris comparatae sunt creditoribus *actiones utiles* in adrogatum, qui, nisi a patre adrogante defenderetur, tenebatur de bonis quae adrogatori attulerat: ll. cc.

(17) l. 7, XLIX, 17.

In jure vero justinianeo constitutum fuit quod minima capitis deminutio non obesset capacitati juridicae; et proinde, *primo* quod adrogatus bona sua sibi servaret simul cum juribus omnibus (18) et adrogans usumfructum circa tantummodo bona futura adquireret (19) — *secundo*, quod pariter obligationes remanerent penes adrogatum, et obligationes futurae valerent in adrogatum, qui de iis tenebatur prout in casu filiifamilias peculium possidentis (20).

SECTIO ALTERA — DE PERSONA IURIDICA

CAPUT I.

DE PERSONA IURIDICA IN GENERE.

§. 24. *Notiones.*

I — Praeter personam phisicam aderat in iure romano persona iuridica seu civilis, in qua nempe non homo phisice sumptus, sed hominum multitudo aut quid aliud respiciebatur. Manifestum est quod in hoc casu capacitas iuridica ex diverso criterio petenda erat; proindeque alia principia vigebant pro persona phisica et alia pro persona civili.

II — Multiplex discrimen inter personam phisicam et personam iuridicam:

a) in persona phisica respiciebantur quoque iura personalia: in persona civili non.

b) persona phisica habebat existentiam ex sese; persona iuridica eatenus habebat, quatenus ex iure recognoscebatur (1).

c) persona iuridica, quum componeretur ex personarum phisicarum multitudine, recte distinguebatur a singulis personis dictam multitudinem constituentibus (2).

(18) par. 3 i. II, 4; p. 1, 2 i. III, 10; l. 16, 2 C. III, 33.

(19) par. 1 i. II. 9; par. 2, i. III, 10.

(20) par. 2, 3, i. III, 10.

(1) l. 3, I, XLVII, 22. Cf. l. 1 pr., 1, III, 4. Huiusmodi recognitio poterat esse generali modo concessa. Si non extitisset recognitio iuris, tunc non habebatur nisi coetus plurium hominum singularium iura propria habentium (l. 20, XXXIV, 5. Cf. l. 1 C. I, 9; l. 8 C. VI, 24).

(2) l. 10, 4, II, 4; l. 7, 1, III, 4; l. 1, 15, XXXVI, 1; l. 1, 7, XLVIII, 18. Interdum tamen singulae personae uti frui poterant bonis communibus (par. 6 i., II, 1; l. 6, 1, I, 8). Libertus non patronos habebat municipes singulos, sed municipium. Item servus, quamvis non posset testis esse contra dominum, poterat contra municipium, cuius pars dominus erat (l. 6, 1, I, 8. Cf. l. 10, 4, II, 4; l. 1, XXXVIII, 3; ll. 1; 2, XL, 3; l. 1, 7, XLVIII, 18).

d) quia agere non poterat nisi persona phisica, ita in persona iuridica requirebatur ut esset qui coram iure ipsam repraesentaret (3).

e) tandem capacitas iuridica personae civilis non eiusdem latitudinis erat ac illa personae phisicae (4). Praeterquamquod enim non competerent eidem iura personalia, sed nec crimina imputari poterant, quia delinquendi facultatem solummodo homo phisicus habebat (5).

III — Persona iuridica generatim poterat bona adquirere, semper, uti diximus, media persona phisica. *Generatim;* quaedam enim adquisitiones abhorrebant a natura personae iuridicae; quare successio universalis ab intestato, quia agnationis vel cognationis fundamento innitebatur, erat prohibita: imo etiam successio ex testamento (6). Si vero ageretur de libertis, quum persona iuridica ius patronatus habere posset, etiam successio ab intestato admissa fuit, quae successio praecise iuripatronatus innitebatur. Fuit quoque admissum quod legata et fideicommissa reciperet (7); et dein exceptio facta fuit pro quibusdam corporibus in successione universali ab intestato, si socius sine haerede decessisset (8), quae exceptio producta tandem est ad successionem universalem ex testamento (9).

(3) Revera persona iuridica, utpote voluntate carens, per alium tantummodo agere poterat (ll. 1, 1; 2, III, 4; l. 32 C. I, 3). Hinc origo *syndacatus, magistratus, patronatus*, et conditio *syndaci, magistri, patroni* etc. aequiparabatur mandato. Eorum tamen mandatum differebat iuxta adiunctorum naturam; nam vel finis, ad quem tendebat persona iuridica, erat per se determinatus, et tunc syndacus poterat ipsum libere persequi; vel finis determinatio pendebat ex votis eorum qui constituebant personam iuridicam, et tunc sequi tenebatur summam maiorem votorum. Generatim maior votorum numerus absolutus praesentium praevalebat, dummodo socii vocati fuissent omnes; non tamen necesse erat ut omnes prorsus interessent. Quidam casus excipiebantur e. g. quoad corpus decurionum, in quo duo votantium ex tribus partibus exigebantur.

(4) Criterium latitudinis in capacitate iuridica ex ipsa lege petendum: cf. l. 1 pr., III, 4; l. 20, XXXIV, 5; l. 1, XLVII, 22; l. 8 C. VI, 24.

(5) Num delicti notio in personam iuridicam cadere posset, non est extra controversiam. Pro negativa sententia cf. Savigny, II, 310; Maynz, I, 109, n. 5; necnon l. 15, 1, IV, 3; l. 4, XLIII, 16 — pro affirmativa cf. Mühlenbruch, I, 197, 6; Sintenis, I, 15, n. 53; necnon l. 9, 1, 3, IV, 3. Utique si damna extitissent, de iis tenebatur quoque persona iuridica.

(6) Ulp. XXII, 5, 6; Dio. LV, 2; Plin. *Ep.*, V, 7; Tac., IV, 3. Cf. ll. 26; 27, XXXVI, 1; l. un. pr., 1, XXXVIII, 3.

(7) Ulp. XXII, 5; ll. 26; 27 cit.; l. un. pr., 1, cit.; l. 12 C. VI, 24; l. 3 C. XI, 31.

(8) l. 6, 7 i. f., XXVIII, 3; l. 20 C. I, 3; C. VI, 62; l. 1 C. Th. V, 3; l. 1 C. Th. V, 4; Nov. 5, C. 5; Nov. 131, C. 13.

(9) Ulp. XXII, 6; l. un. C. VI, 48 Cf. Dio, XLV, 2. Circa servitutes personales notandum quod, quum perdurare deberent in vita personae cuius favore constituebantur, admissum fuit circa personam iuridicam spatium centum annorum; secus earum duratio fuisset perpetua; l. 56, VII, 1; l. 8, XXXIII, 2.

§. 25. *Divisio personarum iuridicarum.*

I — Maxima divisio personarum iuridicarum haec erat, ut aliae ex multitudine singularium hominum componerentur ad aliquem specialem finem consequendum inter se coniunctorum (1); aliae vero simpliciter ex multitudine bonorum ad aliquem quoque specialem finem relictorum (2). Prioris generis personae vocabantur corpora, societates, communitates, respublicae etc.: alterius generis vocabantur fundationes piae, causae piae etc. (3).

II — Praeter hanc primam divisionem plures aliae aderant inferioris gradus.

Communitates distinguebantur in politicas et non politicas. Inter non politicas erant quaedam ordinis publici et quaedam ordinis privati.

Prior communitas politica eminebat *Status* seu populus romanus (4); dein *Civitates* (5), *Municipia* (6), *Vici* (7), *Fora*, *Conciliabula*, et serius *Provinciae* (8).

III — Inter communitates non politicas sed publicas recensebantur religiosae, scilicet communitates sacerdotales, vestalium etc. (9); — item civiles, uti societas decurionum (10); — item militares, uti societas legionariorum, equitum (11).

Inter communitates non politicas et privatas recensebantur societates religiosae privatae (12); — societates civiles officialium (13), opificum (14); — societates scientiarum cultorum, voluptuariae (15).

(1) l. 1 pr., 1, III, 4; l. 73, 1, XXX; l. 3, 4, XXXVII, 1; l. 22, XLVI, 1; l. 31, 1, XLVII, 2; ll. 9; 11; 12 C. Th. XII, 12. Cf. l. 59 pr. XVII, 2.

(2) pr. i. III, 17; ll. 19; 22; 23 pr. C. I, 2; ll. 33, 7; 35, C. I, 3.

(3) Scilicet *universitates personarum*, et *universitates bonorum*. Quidam has alteras personas vocant *personas iuridicas invisibiles*.

(4) Arg. l. 1, 1, III, 4.

(5) Ulp. XXIV, 28; l. 6, 1, I, 8; l. 8, III, 4; ll. 32, 2; 117, 122, XXX.

(6) ll. 2; 7 pr.; 9, III, 4; l. 15, 1, IV, 3; l. 31, 1, XLVII, 2; l. 1, 7, XLVIII, 18.

(7) l. 2, 5 C. II, 59.

(8) l. 73, 1, XXX; ll. 9; 11; 12, C. Th. XII, 12.

(9) l. 38, 6, XXXII. Antiquitus tamen cultus erat officium politicum.

(10) Quae dein simul cum Municipio confusa est. Cf. ll. 3; 7, 2, III, 4; C. VI, 62, X, 33, X, 34.

(11) l. 6, 7, XXVIII, 3; l. 2 C. VI, 62.

(12) l. 4, XLVIII, 22. Vocabantur rectius *sodalitates*, *sodalitia*, *collegia sodalitia*.

(13) Nempe apparitorum, scribarum, lictorum, viatorum, publicanorum: Liv. XXIII, 48, 49; XXIV, 18; XXV, 3; XXIX, 49; XLIII, 16; l. 1 pr., 1, III, 4; l. 59, XVII, 2; l. 25, 1, XXIX, 2; l. 3, 4, XXXVII, 1; l. 22, XLVI, 1. Cf. l. 63, 8. XVII, 2.

(14) l. 1 pr., III, 4; l. 17, 2, XXVII, 1; l. 5, 12, 13, L, 16; Plut. *Numa*, 17; Plin. *H. N.*, XXXIV, 1; Liv. II, 6, Cf. ll. 1; 5 C. IV, 62.

(15) Cic. *de senect.*, 13; Festus, *Sodalis*. Cf. l. 1 pr., XLVII, 22. Vocabantur pariter *sodalitates*, *sodalitia*, *collegia sodalitia*.

IV — Corpora pia seu fondationes piae vel ad pietatem divinam pertinebant vel ad pietatem humanam. Ad pietatem divinam, nempe ad religionem, pertinebant ecclesiae, oratoria, asceteria, monasteria (16). Ad pietatem humanam, nempe ad statum, pertinebant nosocomia, gerontocomia, xenodochia, brephotrophia, orphanotrophia, ptochia (17).

Praeterea ad hanc alteram classem spectabant omnia instituta illa, quae, uti vulgo dicitur, ad publicam beneficentiam se referebant; e. g. ut filii trigemini sumptibus publicis alerentur in memoriam trium de familia Horatiorum (18); ut pauperum infantes educarentur (19).

§. 26. *Cessatio personae iuridicae.*

I — Persona iuridica pluribus modis cessare poterat:

a) si omnia membra societatis periissent, vel si bona ad aliquem finem relicta prorsus disparuissent (1). Morti sociorum comparabatur eorumdem renunciatio; nisi forte auctoritatis publicae consensus ad hoc requireretur.

b) si finis societatis penitus defecisset.

c) si auctoritas publica decretum retractasset, quo societas fuerat recognita (2).

d) si dies venisset, quae constituta erat ad existentiam societatis limitandam (3).

(16) Iam a priscis temporibus templa personam iuridicam sustinebant. Cf. Ulp. XXII, 6; l. 43, pr., I, 3; l. 20, 1, XXXIII, 1; rubr. C. I, 2; l. 42, 10 C. I, 3; Nov. 7, C. 2, 1; Dio. LV, 2; Varro, *de l. l.*, VIII, 83; Cic. *de divin.*, 17.

(17) Tempore imperii christiani non solum templa, sed et opera seu corpora pia plurimis privilegiis ditata sunt: l. 33 C. I, 2; C. I, 3; Nov. 131, C. 11, 12, 15.

(18) Dio. III, 21.

(19) Aurelian., *de caesar.*, 12; Dio. LXVIII, 5; Plin. *Paneg.*, 26, 28; Spartian. *Hadrian*, 7; Lamprid., *Sever.*, 56. Cf. C. Th. XI, 27. Huc pertinent *tabulae alimentariae* penes Bruns, *Fontes*, p. 305 seqq. Cf. ll. 28, 1; 49 pr., 1, 3, 6, 8, C. I, 3; Aurel. Victor. *ep.* 12, 4; Plin. *ep.* 7, 18 — Distributioni pecuniae vel frumenti praeficiebantur curatores aliique magistratus: *tab. Heracl.* penes Bruns, p. 105.

(1) Arg. l. 7, 2 i. f. III, 4. Non omnes tamen conveniunt; nam quidam contendunt quod perseverante societatis fine societas quoque perseveraverit, licet sociis omnibus defunctis. Certo certius destructis civitate, vico etc. deficiebat quoque persona iuridica: l. 21, VII, 4.

(2) l. 3 pr. XLVII, 22. Cf. l. 21 cit.

(3) Ex l. 3 pr. cit. videtur quod in hoc casu bona societatis voluntariae dividerentur inter socios. Quamvis, per se loquendo, bona societatis dissolutae caduca fieri deberent, quia successores nullos habebat.

CAPUT II.

DE PERSONA IURIDICA IN SPECIE.

§. 27. *Corpora politica.*

I — Principem locum obtinebat respublica seu populus romanus. Tamquam suprema societas recognitione iuridica non egebat, sed natura ipsa constabat. Status fungebatur officio suo per magistratus (1), et quidem duplici modo, politico et civili. Aliis verbis vel publicam vitam habebat coram universo populo, vel privatam coram quocumque homine privato (2).

Status ergo, praeter actiones publicas, poterat exercere iura patrimonialia veluti persona iuridica. A debitoribus privatis credita exigebat (3); aliis privatis bona vendebat a debitoribus exacta, aut locabat, et semper maxima cum cautione (4).

Omne quod sibi obveniret in *aerarium* inferebatur (5); quod aerarium distinguendum est ab alio *aerario principis* progressu temporis introducto (6). Tributa provinciarum exinde distributa fuerunt inter

(1) Magistratus proinde, deposito officio, de propria gestione accusari poterant: Liv. v, 29; IX, 26; XXII, 25; XXXVII, 57, 58. Interdum etiam dum adhuc in officio essent: Cic. *pro Flacco,* 32; Liv. XXIV, 43; XLII, 21; XLVII i. f.

(2) Hinc de damno illato privatis tenebatur: l. 13, XVIII, 6; l. 32, XLVII, 10. Cf. 29, 7, IX, 2.

(3) Poterat Status contrahere quoque debita erga privatos, quemadmodum accidit in altero bello punico, quando ingens pecuniae vis eidem necessaria fuit: Liv. XXIV, 11; XXVI, 35, 36; XXXIX, 7; Festus, *Tributorum.*

(4) Liv. VII, 21; XXII, 6. Hinc *praedes,* qui obligabantur erga rempublicam favore contrahentium privatorum; qui *praedes* sedulo distinguendi sunt a *praedibus litis et vindiciarum,* de quibus Gai., IV, 16, 91, 94. Olim obligabantur sive personaliter, sive realiter: Cic. *ad famil.* II, 17; *in Verrem,* II, 1, 54; Varro, *de l. l.*, V, 40; Festus, *Compraedes, Manceps, Praes*; tab. Bantina penes Bruns, p. 54, lin 11; tab. Malacit. ib. pp. 150, 152, 153; lex Acilia repetund., ib., p. 68. Dein, abolita personali obligatione, solummodo realis cautio remansit: Cic. *in Verrem,* II, 1, 54, 55; *pro Flacco,* 32; Varro l. c.; Liv. XXII, 60. Cf. tab. Malac. penes Bruns, ll. cc.; lex Thoria agraria, ib., p. 74. Nisi debitor principalis solvisset, cautio cum credito vendebatur: Cic. *in Verrem,* II, 1, 54: *phil.*, II, 31; tab. Malac. cit. p. 152, 153. In hisce publicis venditionibus non deerant negotiatores quamplures, qui nomen speciale sumserunt, scilicet *praediatores,* quibus regulae accomodatae sunt, quae dein constituerunt *ius praediatorium:* Gai. II, 61; rub. l. 54, XXIII, 3; Valer. Max. VIII, 12, 1; Cic. *pro Balbo,* 20.

(5) Aerarium populi romani, Senatus, Saturni: Ascon., *in Verrem,* I, 4.

(6) Quod nomen peculiare habuit: *Fiscus.* Circa originem vocabuli cf. l. 19, 2, XIX, 2. Fiscus non eamdem rationem sequebatur adversus debitores ac aerarium populi romani, sed potius hypothecae supponebat omnia bona debitorum praesentia et futura: ll. 1; 2 C. VIII, 15. Cf. l. 5, 2, L, 15; l. 1 C. IV, 46; l. 2 C. VII, 8; C. VII, 73.

duo haec aeraria (7); praeterea erant obventiones peculiares unicuique. Uti facile praevideri poterat hoc alterum praevaluit (8), et saeculo tertio iam penitus illud absorbuit, ita ut distinctio inter aerarium et fiscum simpliciter verbalis evaserit (9). Consequens fuit ut omnia privilegia aerarii populi romani sibi fiscus accomodaverit (10).

II — Caetera corpora inferioris ordinis imitabantur supremam societatem, scilicet Statum. At hic diligenter animadvertendum quod subiectio earum dependentiam a Statu secumferebat veluti pupilli a tutore: unde principium, *rempublicam ut pupillum extra ordinem iuvari moris est* (11). Praeter facultatem recipiendi causa mortis (12), quamplurimis donabantur privilegiis:

a) bona eorum non poterant ordinario modo alienari, nec usucapioni subiiciebantur (13).

b) credita erant privilegiata in concursu aliorum creditorum chirographariorum (14).

c) fruebantur restitutione in integrum (15).

d) non desiderabatur ex parte ipsorum acceptatio promissionum quae in eorumdem utilitatem fierent (16).

§. 28. — *Corpora non politica. Causae piae.*

I — Corpora politica natura duce constituta erant; corpora non politica ex evolutione sociali ortum habuerunt (1). Ad istorum existentiam saltem tres personae phisicae requirebantur: *tres faciunt collegium* (2) — item finis societatis, uti eiusdem forma (3) — nec

(7) Frag. de iure Fisci, 18; l. 96, 1, XXX; Tac. *Ann.*, II, 47, 48. Cf. l. 16, 10, XXXIX, 4. Praeter hoc novum aerarium principis aliud erat secundo loco seu aerarium militare, quod pariter Princeps administrabat, ita ut duo potius eiusdem aerarii species haberentur: Dio. LIII, 16, 22; LVI, 28; LVIII, 16; LIX, 9; Svet. *Octav.*, 49; Tac. I, 78. Cf. Burmann. *De vectigal. rom.*, C. 11.

(8) Ulp. XVII, 2; Frag. de iure Fisci, 9. Cf. Dio. LXXVII, 9; Tac. *Hist.* I, 90; Vopiscus, *Aurelian.*, 9, 12, 20.

(9) l. 1 C. Th. XI, 18. Serius apparuit aerarium privatum familiae imperialis (*res privata*).

(10) Huiusmodi privilegia erant, iuxta regulam generalem, strictae interpretationis. — Ulterius progressum est, ut ipsa *res privata* seu aerarium principis privatum usurpaverit privilegia fisci (l. 6, 1, XLIX, 14. Cf. par. 14 i. II, 6; l. 3 C. VII, 37), et tunc confusio hic quoque effecta est.

(11) l. 3 C. XI, 29.

(12) l. 23 C. I, 2.

(13) l. 9, XLI, 3; l. 3 C. XI, 31.

(14) l. 38, 1, XLII, 5.

(15) l. 1 C. I, 50; l. 4 C. II, 54; l. 3. C. XI, 29. Cf. l. 9 XLIX, 1.

(16) ll. 1, 4, 5; 3 pr.; 4; 7, L, 12.

(1) Seu, uti Savigny loquitur, quaedam corpora sunt *necessaria* (status, civitas etc.) quaedam *voluntaria* (societas opificum, publicanorum etc.)

(2) l. 85, L, 16. Quoad votorum numerum ut socialis actus efficaciam haberet, non unica erat regula. Solummodo pro corporibus politicis civitatum (uti superius innuimus. Cf. par. 24, n. 3) constitutum erat ut duo ex tribus partibus ius ad votum habentium interessent (l. 3, III, 4; ll. 2; 3. L, 9; l. 46 C. X, 31) et maior numerus praevaleret (l. 19, L. 1; l. 160, I, L, 17. Cf. l. 45 C. X, 31; l. 14, 2. C. Th. XII, 1).

(3) Quae forma, cum diversa esse posset, diversimode quoque distinguebat corpora.

non auctoritatis publicae recognitio (4) — tandem, non quidem ut existerent, sed ut agerent, requirebantur qui societatem repraesentarent (5).

Perdurabant usquedum unicus tantummodo extitisset socius (6).

II — Causae piae personam iuridicam obtinebant a Statu, qui auctoritate sua confirmabat largitatem bonorum, quae ad aliquem finem pietatis relinquebantur; ipse finis proinde erat persona iuridica (7). Recognitione habita, causae piae agere poterant adinstar corporum supradictorum: discrimen erat quod in istis procurator repraesentaret multitudinem personarum phisicarum, in illis vero multitudinem bonorum seu potius finem.

Causae piae fruebantur et ipsae multis privilegiis:

a) bona non admittebant praescriptionem nisi quadraginta annorum, vel etiam plus (8).

b) in alienationibus quaedam solemnitates observari debebant, ne facile fraudibus esset locus (9).

c) quum haereditates et legata recipere possent, usurae ipso iure currebant (10).

d) denique alia commoda habebant, ut patrimonium suum angeretur (11).

(4) l. 1 pr. III, 4; l. 20, XXXIV, 5; l. 3, 1, XLVII, 22. Si lex prohibuisset societatem, non tantum erat nulla iuridice eiusdem constitutio, sed vi quoque dissolvi poterat: l. 1, 14, I. 2; ll. 1-3, XLVII, 22.

(5) Syndaci, procuratores, magistratus etc. Unde adquisitiones fiebant per has personas eo fere modo ac per tutores adquirebatur pupillis: l. 1, 1, III, 4; l. un., 1, XXXVIII, 3; l. 2, XLI, 2; l. 14, L, 1. Quidquid adquirebatur, ad societatem pertinebat: l. 6, 1, I, 8; l. 2, III, 4. Persona phisica nec sibi, sub hoc titulo, adquirere poterat, quemadmodum nec obligationibus tenebatur: l. 7, 1, III, 4; cf. l. 2 ib. Hinc est quod socius optime poterat debitum vel creditum habere erga societatem, ad quam ipse pertinebat: l. 9, III, 4. Cf. l. 1, 15, XXXVI, 1.

(6) l. 7, 2, III, 4. Cf. l. 76, V, 1; l. 85, I, L, 17. Ceterum quaelibet societas suas speciales leges habebat, neque criterium generale pro omnibus haberi potest, quia id penitus ex actu institutionis societatis pendebat. Cf. l. 4, XLVII, 22.

(7) Quidam ex l. 46 pr. C. I, 3 arguunt necessariam non fuisse auctoritatis publicae confirmationem, ut largitates ad aliquem finem pium factae iuridice haberentur. At alii animadvertunt legem citatam non fuisse a glossa recognitam; iamvero quod non agnoscit glossa, id nec agnoscit curia. Immo ex l. 62, XXVIII, 5 potius eruitur nullitas donationis quae in causam piam haud recognitam conferebatur.

(8) l. 23 pr., 1, C. I, 2; Nov. 111; 131, C. 6.

(9) Nov. 120, C. 1 pr., 2; C. 6 pr. Cf. par. 8 i. II, 1; l. 21 C. I, 2; Nov. 120, C. 10.

(10) l. 46, 4, C. I; 3; Nov. 131, C. 12. Si quis ecclesiae generatim legatum reliquisset, Iustinianus disposuit, ut ad ecclesiam domicilii testatoris spectaret: l. 26 C. I, 2.

(11) par. 19; 23; 26, i., IV, 6 par 1, i., IV, 16 cum par. 7 ib. III, 27; Nov. 131, C. 12. Cf. Nov. 7 C. 3, 2.

TRACTATUS SECUNDUS

DE JURE NUPTIARUM

SECTIO PRIMA — DE RELATIONIBUS PERSONALIBUS

CAPUT I.

DE NOTIONE SPONSALIUM ET MATRIMONII.

§. 29. *Sponsalia.*

I — Sponsalia erant mentio et repromissio nuptiarum futurarum (1). Principia huc veniunt quae innituntur matrimonio futuro quare:

a) sponsalium essentia consistebat in mutuo consensu (2).

b) forma extrinseca non erat necessaria (3), quamvis in iure veteri juxta quosdam admitteretur (4).

c) praeter consensum contrahentium requirebatur et ille quarumdam personarum, quae futuro matrimonio consentire debebant (5).

b) nullum impedimentum absolute obesse debebat futuro matrimonio (6); nam si ageretur de impedimento ad tempus, non nocebat (7).

II — Sponsalium effectus ex peculiari natura vinculi sponsalicii deducebantur. Nam vinculum sponsalium ex una parte vim potius

(1) l. 1, XXIII, 1.

(2) ll. 1; 7, 1; 13, XXIII, 1. Cf. Paul. II, 19, 7; ll. 8; 14, XXIII, 1; l. 16, 2, XXIII, 2. Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi poterant (Paul. II, 19, 1; l. 14, XXIII, 1).

(3) ll. 4; 5; 7 pr.; 18, XXIII, 1.

(4) Sponsionis nempe forma, et quidem interpositis rebus divinis (Festus, *Consponsor*, *Spondere*). Unde verbum *sponsalia* (ll. 2; 3, XXIII, 1). Tractu temporis haec omnia immutata sunt: jam sine Deorum invocatione et sine sacrificiis contrahebantur. Immo ipsa sponsionis forma dein recessit, et sponsalia conventiones mere consensuales evaserunt.

Iuxta alios autem haec forma penes Romanos non fuit, quia obligatio non exurgebat ex sponsu, et liberum semper fuit a sponsalibus recedere. Solummodo penes Latinos exurgebat talis obbligatio. Quare materialiter tantum sponsalia a sponsione quoad Romanos nomen sumpserunt.

(5) l. 7, 1, XXIII, 1. Paterfamilias per se sponsalia contrahere poterat pro filiis sub eius potestate constitutis (Plut. *Tib. G.*, 4). At filiofamilias semper dissentire concessum erat (l. 13, XXIII, 1); filiaefamiliae quando sponsus erat persona turpis (ll. 7, 1; 11; 12 ib.; l. 2 C. v, 4. Cf. l. 10, XXIII, 2).

(6) ll. 15; 16, XXIII, 1; l. 60, 5, XXIII, 2.

(7) Paul. II, 19, 1; l. 10, 1, III, 2; l. 14, XXIII, 1; l. 38 pr. XXIII, 2; l. un. C. v, 2. Excipe impedimentum tutelae: l. 15, XXIII, 1; l. 60, 5, XXIII, 2.

moralem habebat, ex alia parte imitabatur vinculum juridicum matrimonii.

Si sponsalia considerantur sub priori adspectu vinculum eorum non erat indissolubile (8); parti liberum erat recedere, et clausula poenalis tamquam immoralis traducebatur (9). Attamen pars debebat alteri denunciare suam recedendi voluntatem; secus infamiam incurrebat si nova sponsalia contraxisset (10).

— Sub altero vero adspectu, sponsalia affinitatem quamdam inter sponsos gignebant (11); delictum contra vitam sponsi parricidio aequiparabatur (12); delictum contra castitatem veluti adulterium in foemina habebatur (13); actio iniuriarium concedebatur sponso pro iniuriis sponsae allatis (14); non admittebatur actio famosa inter partes (15); liberabantur a testimonio ferendo etiam contra parentes alterius (16); dos jam fungebatur munere suô; et si praenumerata, fiebat inalienabilis; si in restitutionem venisset, sponsa fruebatur privilegio exigendi (17).

III — Sponsalia dissolvebantur:

a) mutuo dissensu.

b) morte alterutrius contrahentis (18).

c) biennalis temporis decursu (19).

d) conditionis resolutivae existentia.

e) impedimenti legitimi ad matrimonium interventu.

IV — Sponsalibus dissolutis generatim restitui debebat quidquid inter sponsos datum vel donatum fuisset (20). Excipiebatur donatio in casu quo pars vel alteri recedendi causam praebuisset (21), vel ipsa sine causa recessisset (22). Item excipiebatur arrha, quae in eodem casu amittebatur si data, et restituebatur in duplum si recepta fuisset (23).

(8) l. 1 C. v, 1; l. 2. C. v, 17.
(9) l. 71, 1, xxxv, 1; l. 134 pr. xlv, 1; l. 5 C. v, 1; l. 2 C. viii, 39.
(10) l. 1, iii, 2.
(11) Unde impedimentum impediens: par. 9, i. i, 10; ll. 12, 1, 2; 14, 4, xxiii, 2.
(12) ll. 3; 4, xlviii, 9.
(13) l. 13, 3, 8, xlviii, 5.
(14) Quia sponsa loco uxoris habebatur: l. 15, 24. xlvii, 10.
(15) l. 3, 2, xxv, 2.
(16) l. 5, xxii, 5.
(17) l. 74, xxiii, 3; l. 4, xxiii, 5; l. 17, 1, xlii, 5.
(18) l. 3 C. v, 1.
(19) l. 2 C. v, 1; l. 2 C. v, 17.
(20) ll. 21; 43, xxiii, 3; l. 16 C. v, 3; l. 5 C. Th. iii, 5. Cf. l. 1, 1, xxxix, 5; ll. 10; 11 C. v. 3.
(21) Cf. ll. 15; 16 C. v, 3.
(22) l. 15 C. ib. Quoad justam causam a sponsalibus resiliendi cf. l. 16 C. i, 4; ll. 2; 5 C. v, 1; l. 2 C. v, 17; l. 4 C. Th. iii, 5.
(23) l 16 C. 1, 4; ll. 3; 5 C. v, 1; l. 10 C. Th. iii, 5. Si admittitur quod in jure veteri forma sponsionis adhibetur, tunc dissolutis sponsalibus exurgebat actio *ex sponsu* ad id quod intererat. Cf. Varr. *l. l.*, iv, 71; Gell. iv, 4.

§. 30. *Matrimonii requisita.*

I — Nuptiae seu matrimonium erat viri et mulieris coniunctio (1) individuam vitae consuetudinem continens.

Coniunctio haec individua triplici fini respondebat:

phisico, ad prolis generationem (2)
morali, ad mutuum amorem (3)
sociali, ad conservationem et augmentum societatis (4).

Quartum finem attingebant nuptiae in jure veteri, nempe ad conservationem sacrorum in familia.

II — Multiplex huiusmodi finis perfecte non habebatur penes Romanos nisi in vero matrimonio. Verum matrimonium romanum requirebat tria: capacitatem generandi, consensum, et connubium.

a) *Capacitas generandi* — Cum matrimonium ad generationem prolis ordinaretur, consequitur ipsum consistere non potuisse inter eos, qui ad generandum apti (5) non essent. Quare impuberes contrahere non poterant. Item qui impotentia phisica laborassent, dummodo fuisset artificialis (6): vitium naturale non considerabatur (7).

b) *Consensus* — Qui consensum praestare non poterant, nec poterant matrimonium contrahere. Consensus debebat esse omnino perfectus, seu liber (8); si consensus vel errore essentiali (9), vel simulatione (10), multoque magis vi phisica aut morali corruptus fuisset, matrimonium non erat (11). Necessarium tamen non erat quod verbis exprimeretur (12). Praeter consensum coëuntium ex romani iuris praecepto aliarum personarum consensus requirebatur. In quo distinctio facienda est, an contrahentes essent sui vel alieni juris. Si sui juris, masculi quidem non indigebant consensu (13); foeminae maiores 25 annis pariter suo arbitrio nubere poterant, at minores indigebant

(1) Alibi coniugium vocatur *societas vitae* (l. 1, XXV, 2. Cf. Cic. *de off.* I, 17; *de finib.* V. 23). Hinc communio conditionis, domicilii, cultus etc. (l. 1, XXIII, 2).

(2) Ulp. III, 3; l. 220, 3, L., 16; l. 9 C. V, 4.

(3) l. 1, XXIII, 2; l. 1, XXV, 2; Cic. *de off.* I, 17; *de finib.* V. 23; Ovid. *Eleg.*, I, 3; V. 14, 27.

(4) Cic. ll. cc.

(5) Ulp. V, 2; pr. i. I, 10. Cf. l. 14, XXIII, 1; l. 4, XXIII, 2.

(6) Castrati, thlibiae, thlasiae: Gai. I, 103; Ulp. VIII, 6; l. 2, 1, I, 7; ll. 6, 2; 7, XXI, 1; l. 6, XXVIII, 2; l. 39, 1, XXXIII, 3; l. 14, 1, XL, 2.

(7) Spadones, frigidi: l. 39, 1, XXXIII, 3; l. 14, 1, XL, 2.

(8) ll. 2; 16, 2; 28, XXIII, 3; l. 14 C. V. 4. Cf. Quintil. *Decl.* 257.

(9) Cf. Nov. 22 C. 10.

(10) l. 30, XXIII, 2.

(11) ll. 21; 22, XXIII, 2; l. 14 C. V. 4.

(12) l. 24, XXIII, 2; l. 3, XXV, 7; l. 49, 4, XXXII.

(13) l. 25, XXIII, 2.

consensu patris (14) vel matris et propinquorum (15) — Si alieni juris, in genere requirebatur consensus eorum, sub quorum potestate erant (16). Attamen hic quoque erat differentia inter masculos et feminas. Quoad feminas patri tanta competebat auctoritas, ut, illo quidem eligente sponsum, filia non haberet dissentiendi facultatem, nisi indignum moribus turpemque pater elegisset (17): sufficiens vero erat ad validitatem matrimonii ut pater non contradixisset (18). E contra quoad masculos patri non competebat huiusmodi auctoritas, et nullae erant nuptiae si filius dissensisset (19): ex altera parte vero necessarius erat expressus consensus patris (20).

Pater versari poterat in furore, vel absens esse aut in captivitate. In casu dementiae antiquitus filiabus concessum erat matrimonium libere contrahere (21). Pro filiis requirebatur imperiale rescriptum. Marcus Aurelius constituit quod dementis filii, sive masculi sive foeminae, inaudito principe possent contrahere; quod, exorto dubio circa filios furiosi, Iustinianus etiam ad hos ampliavit (22) — In casu absentiae vel captivitatis receptum est liberos, elapso triennio, recte matrimonium contrahere posse (23); quod si etiam antea contraxerint, matrimonium adprobabatur, dummodo eam vel eum duxerint, quos certum esset patrem non repudiaturum (24).

Patris demum consensus adeo necessarius erat pro filiis sub potestate, ut antiquitus nuptiae, eo non existente, haud contraherentur; quamvis consensus posterior patris matrimonium firmaret pro futuro (25). Dein tamen receptum est, ut qui liberos iniuria nubere prohibuissent per magistratus cogerentur eos in matrimonium collocare (26).

c) *Connubium* — Erat jus legitimi matrimonii seu uxoris jure ducendae facultas (27). Connubii nomine omnes veniebant multiplices conditiones, quas, praesupposita generandi capacitate et praesupposito consensu, lex romanorum requirebat ad iusti matrimonii validitatem. Quae quidem conditiones vel in genere personam capacem

(14) l. 18 C. v. 4.
(15) l. 20 ib.
(16) Ulp. v. 2; Paul. II, 19, 2; pr. i. I, 10; ll. 2; 3; 16, 1; 18; 35, XXIII, 2; ll. 5; 12 C. v. 4. Notandum quod si avus adhuc viveret, nepos ex filio tum patris, tum avi consensu indigebat; neptis, non: par. 7 i. I, 11; l. 16, 1, XXIII, 2.
(17) l. 12, 1, XXIII, 1.
(18) l. 7, 1 ib.; l. 25 C. v. 4.
(19) l. 13 ib.; l. 12 C. ib.
(20) Cf. l. 7, 1 ib.; l. 25 C. ib.
(21) l. 25 C. ib.
(22) l. c.
(23) ll. 9, 1; 10, XXIII, 2.
(24) l. 11 ib.
(25) Cf. pr. i. I, 10; l. 13, 6, XLVIII, 5.
(26) l. 19, XXIII, 2.
(27) Ulp. v. 3; Serv. *ad Virg. Aen.* I, 73.

reddebant ad iustas nuptias, vel in specie ad contrahendum cum persona determinata. Unde connubium absolutum vel relativum.

Connubium relativum pertinet ad doctrinam de impedimentis matrimonialibus — Connubium absolutum duas conditiones requirebat, scilicet libertatem et civitatem. Libertas quidem, quia in servo matrimonium non admittebatur (28); civitas, quia, nisi inter cives romanos nuptiae consistere non poterant (29).

§. 31. *Gradus in matrimonio.*

I — Omnibus conditionibus superius recensitis extantibus matrimonium erat *justum*, scilicet secundum jus (1). At si tertia conditio, nempe connubium, defecisset, tunc matrimonium erat injustum seu non secundum jus (2).

Matrimonium injustum seu simpliciter iuris gentium aut naturale erat illud quod contrahebatur inter non cives.

Interdum etiam deficiebat secunda conditio, nempe consensus seu potius *affectio maritalis,* et tunc habebatur concubinatus.

II — *Matrimonium juris gentium* — Differebat a matrimonio justo in pluribus, et in pluribus simul conveniebat.

Differebat:

a) circa conditionem juridicam coniugum. Vir non erat juridice maritus, nec poterat proinde coniugem accusare de adulterio (3).

b) circa effectus vinculi. Non admittebatur jus dotium, neque jus successionis inter coniuges (4).

c) circa prolem. Filii sequebantur matrem (5), neque subiicebantur potestati patriae (6).

Conveniebat:

(28) Ulp. v. 5. Cf. Paul. II, 19, 6 ; l. 3 C. v. 5 ; l. 6 C. Th. xii, 1.

(29) Gai. i, 56 ; Ulp. v. 4 ; pr. i. i, 10. Consule Liv. xliii, 3; Senec. *de benef.* iv, 35 ; Quintil. *Decl.* 306 ; Boeth. *ad Cic. Top.* 4. Cum vero civitatis jus penes Romanos plures subierit phases, etiam jus connubii debuit immutari. Antiquitus cum peregrinis et latinis nullum erat connubium, sed dein per privilegium concessum fuit (Gai. i, 57 ; Ulp. l. c.), donec concesso omnibus jure civitatis jus connubii commune evaserit.

(1) Matrimonium *justum:* Gai. i, 76, — *legitimum:* l. 24, i, 5; l. 10, xxiii, 2 — *jure contractum:* Ulp. v. 10 — *justae nuptiae:* Gai. i, 56, 76, 90, 91; l. 18, i, 5; Cic. *de repub.* v, 5. Erat proprium Romanis: Gai. i, 56; pr. i. i, 10.

(2) l. 1 pr. xxxviii, 11. Cf. l. 13, 1, xlviii. 5.

(3) Coll. iv. 5. Poterat tamen accusare tamquam extraneus : l. 13, 1, xlviii, 5.

(4) l. 1 pr. xxviii. 11. Possibiles erant conventiones matrimoniales.

(5) Gai. i, 67, 80; Ulp. v, 8, 9; l. 24, i, 5.

(6) Gai. i, 87.

a) circam finem. Habebatur vera societas, et mulier erat vera socia viri, (7) nomenque uxoris etiam usurpabat (8).

b) circa prolis legitimitatem. Filii habebant patrem, quem nuptiae demonstrabant (9).

III — *Concubinatus* — Pariter differebat a matrimonio justo in pluribus, et in pluribus conveniebat.

Differebat:

a) circa naturam consensus. Requirebatur utique consensus, sed inferioris gradus: non erat illa affectio maritalis, quae requirebatur in vero matrimonio (10).

b) circa effectus vinculi. Hic pariter neque jus dotium, neque successio ab intestato locum habebant (11).

c) circa prolem. Filii sequebantur conditionem matris, et vocabantur simpliciter *naturales* (12).

d) circa conditionem inter partes. Nam inaequalitas aderat inter virum et mulierem; mulier in gradu deteriori erat ac vir (13).

Conveniebat:

a) ratione monogamiae. Unicam concubinam vir habere poterat (14).

b) si non perfecte, saltem imperfecte circa finem. Nam spiritus societatis perpetuae necessarius erat etiam in concubinatu (15).

IV — *Contubernium* — Huc venit coniugium servorum, quod prorsus differebat sive a matrimonio sive a concubinatu. Utrumque enim inter liberos existebat: inter servos autem non admittebatur nisi unio naturalis, et quidem tolerabatur (16). Inde nomen speciale *contubernii,* quod tali unioni servi cum serva (17) vel liberi cum

(7) l. 5, 1, XLVIII, 20; l. 1 C. V, 17.

(8) Gai. I, 67; l. 13, 1, XLVIII, 5; l. 5, 1 cit.; l. 1 C. cit.

(9) Iuxta regulam l. 5, II, 4.

(10) Paul. II, 20; l. 3, 1, XXIV, 1; l. 49, 4, XXXII; l. 31 pr. XXXIX, 5. Cf. l. 16, 1, XXXIV, 9.

(11) l. 3, XXIII, 3; l. 3, 1, XXIV, 1.

(12) par. 13 i. 1, 10; l. 24, I, 5; C. V, 27. Concessum fuit dein quod pater eos agnosceret (ll. 5; 6; 7 C. V, 27). Licet antea prohibita fuerit qualiscumque largitas erga eosdem (l. 1 C. V, 27), paulatim recessum est a rigore (l. 4 C. Th. IV, 6). Iustinianus vocavit tandem ad successionem ab intestato (ll. 8; 12 C. V, 27; Nov. 18 C. 5; Nov. 89 C. 12).

(13) Paul. II, 20. Cf. l. 3, 1, XXIV, 1; l. 31 pr. XXXIX, 5. Proinde nec verum divortium poterat habere locum (l. 17 pr. XXV, 2). Ex hac inaequalitate petenda est ratio, cur non admitteretur concubinatus cum femina honesta, nisi expresse ea consensisset: quo in casu amittebat existimationem (ll. 24; 41, 1, XXIII, 2. Cf. ll. 1, 1; 3, XXV, 7; l. 13 pr., XLVIII, 5).

(14) Paul. II, 20; l. 11, XXIV, 2; l. un. C. V, 26; l. 3 C. VII, 15; l. 3 C. X, 15; Nov. 18 C. 5; Nov 89 C. 12, 4, 5.

(15) Paul. II, 20; l. 49, 4, XXXII; l. 144, L, 16 — In genere concubinatus easdem fere conditiones requirebat ac matrimonium (l. 56, XXIII, 2; ll. 1, 3, 4; 4 XXV, 7).

(16) Cf. l. 35 i. f. XXI, 1.

(17) Plaut. *Casin.* V. 67, seq.

serva et vicissim tribuitur (18). Simplex factum, quin juris protectionem acciperet (19).

Sub aliquo tamen respectu cum matrimonio conveniebat, quatenus impedimenta matrimonialia etiam inter personas serviles recognoscerentur (20).

Miserrima utique conditio servorum quoad matrimonium semper viguit (21). Iustinianus aliquid de rigore remisit; (22) sed potius defendere conatus est libertatem in liberis, quam diminuere servitutem in servis (23).

CAPUT II.

IMPEDIMENTA MATRIMONIALIA.

§. 32. *Paritas.*

1 — Ex superius expositis incapax absolute ad iustum matrimonium ineundum erat ille qui carebat capacitate generandi (impubes), vel potestate praestandi consensum (infans, mente captus) vel requisitis ad connubium seu libertate (servus), civitate (peregrinus) (1).

Sed si quis absolute capax fuisset, id non sufficiebat; requirebatur praeterea relativa capacitas contrahendi cum determinata persona.

(18) Paul. II, 19, 6. Cf. l. 3 C. V, 15.

(19) par. 10 i. III, 6: l. 29 C. VII, 16; ll. 23 pr.; 24 C. IX, 9.

(20) par. 10 i. I, 10; l. 14, 2, 3, XXIII, 2. Cf. l. 4, 3, II, 4. Non utique proprie impedimenta legalia ; prout non proprie legales erant cognationes et adfinitates (l. 10, XXXVII, 10). Concipi non poterat adulterium (l. 6 pr. XLVIII, 5; l. 23 C. IX, 9).

(21) Etiam sub imperio (Paul. II, 19, 6). Ipsi imperatores Constantinus et Iustinianus servos a matrimonio repulerunt (l. 3 C. V, 5; l. 6 C. Th. XII, 1; Nov. 117 C. 6).

(22) Constituit quod matrimonium liberi cum propria ancilla tamquam actus manumissionis esset (l un. 9 C. VII, 6 et Auth.; Nov. 22. C. 11).

(23) Saepe eveniebat quod ingenua, sive civis romana, sive latina, servo alieno se commisceret (Gai. I, 84, 91, 160; Ulp. XI, 11; par. 1 i. III, 12; Svet. *Vespas.* 11). Si post triplicem domini monitionem in contubernio perseverasset et ipsa serva fiebat (Gai. I, 160. Cf. Paul. II, 21a; Ulp. l. c.; i. l. c.; ll. 2; 5-8 C. Th. IV, 11; Tertull. *ad uxor.* II, 8). Ab hac poena exemptum declaravit Alexander liberum, qui contra voluntatem domini cum ancilla vixisset (l. 3 C. VII. 10). Postquam Constantinus ampliaverit (l. 5 C. Th. IV, 11), tandem eam abolevit Iustinianus (l. un. C. VII, 24).

(1) Praeterea impedimentum ligaminis communiter recensetur inter impedimenta absoluta matrimonii. Iure romano neque eadem duobus neque idem duabus nubere poterat (Gai. 1, 63). Monogamia tamquam principium habita est penes Romanos (Gai. l. c.; ll. 1 i. f.; 13, III, 2; l. 2 C. V, 5; l. 18 C. IX, 9). Poliandria veluti adulterium; poligamia veluti stuprum censebantur (par. 6; 7 i. I, 10; l. 7 C. I, 9). Insuper poligamia infamia notabatur (ll. 1 i. f.; 13, 4, III, 2; ll. 2; 18 pr. C. IX, 9; l 1 C. Th. III, 8) — Praeterea tamquam absolutum traducitur impedimentum luctus, per quod nempe mulier prohibebatur nubere quo tempore virum lugere debebat (ll. 1; 2 C. V, 9; l. 4 C. VI, 56; l. 1. C. Th. III, 18; Nov. 22 C. 22). Erat simpliciter impediens.

Huiusmodi relativa capacitas deficere poterat multiplici ex causa, nempe vel propter paritatem personarum, vel propter disparitatem, vel propter officium, vel tandem propter crimen.

II — *Paritas* — Natura postulat ut sanguine dispar sit coniux ab altero coniuge. Inde orta sunt impedimenta cognationis naturalis et alia quae cognationem naturalem imitantur.

1° *Cognatio naturalis* seu consanguineitas. Impedimentum fuit tam in linea recta quam in linea ex transverso (2). In linea recta, ratione juris gentium prohibitum fuit matrimonium in infinitum (3), a quo numquam dispensabatur (4). Qui contraxissent, incestum juris gentium admittebant (5) et ultimo supplicio puniebantur (6).

In linea ex transverso pariter prohibitae sunt nuptiae inter fratres et sorores; fortasse ratione juris gentium (7); secus qui contraxissent pariter antiquitus ultimo supplicio puniebantur (8), sed dein ita mitigata est poena, ut veluti excusatio incestus interdum admitteretur (9) — Pariter prohibitae sunt nuptiae inter fratres et sorores patris vel matris et nepotes vel proneptes, nepotes vel pronepotes (10). Imperante Claudio, qui Agrippinam fratris sui Germanici uxorem ducere cupiebat, permissum fuit quod patruus nubere posset nepoti ex fratre (11); postea nepoti etiam ex sorore (12): sed dein SC. abrogatum est, et ad jus vetus regressum. Variaque poena pro varietate temporum comminata (13).

Quoad alios attinet gradus in linea ex transverso antiquitus inter cognatos usque ad sextum gradum prohibitae sunt nuptiae. At dein hoc impedimentum sublatum fuit etiam inter consobrinos (14).

2° *Cognatio legalis* seu adoptio. Nuptiae consistere non poterant

(2) Etiam quoad servos (par. 10 i. I, 10; ll. 8; 14, 2, 3; 54, XXIII, 3).

(3) Gai. I, 59; Ulp. V, 6; Coll. VI, 3, 1; par. 1 i. I, 10; ll. 8; 14, 2; 39, 1; 53; 68, XXIII, 2; l. 17 C. V, 4; C. Greg. V. 1.

(4) l. 2 C. V, 8; Nov. 139.

(5) l. 68, XXIII, 2.

(6) Dio. LVIII, 22; Cic. *de leg.* II, 9; Tac. *Ann.* VI, 19; XII, 8; Quintil. VII, 8, 3. Dein sub imperio legis Iuliae de adulteriis poena mitigata est (Paul. II, 26, 15; Coll. VI, 3; l. 38, XLVIII, 5).

(7) Gai. I, 61; Ulp. V, 6; Coll. VI, 3, 1; par. 2 i. I, 10; ll. 8; 54, XXIII, 2; l. 35, 1, XLV, 1; l. 17 C. V, 4; C. Greg. V, 1.

(8) Cf. Ovid., *Ibis*, 567.

(9) Coll. VI, 5; l. 68, XXIII, 2; l. 38, 3, 4, 7, XLVIII, 5.

(10) l. 5, XII, 7; ll. 14, 2; 39 pr., XXIII, 2.

(11) Gai. I, 62; Ulp. V, 6; Coll. VI, 31; par. 3; 5 i. I, 10; l. 5 pr. XII, 7; ll. 12, 4; 17, 2; 39 pr.; 56; 57, 1, XXIII, 2; l. 38, 1, XLVIII, 5; l. 17 C. V, 4. Cf. Dio. LXVIII, 2; Tac. *Ann.*, XII, 5-7; Svet. *Claud.* 26.

(12) Cf. l. 9 C. V, 5.

(13) Fuit etiam poena capitalis (l. 1 C. Th. III, 12); quae dein fuit mitigata (l. 9 C. V, 5; l. 3 C. Th. III, 12). Attamen fuit prohibitum quoque quominus dispensatio peteretur (par. 3 i. I, 10; l. 2 C. V. 8).

(14) par. 4, i. I, 10; l. 19 C. V, 4.

inter adoptantem et liberos adoptivos in infinitum (15), etiam dissoluta adoptione (16). In linea ex transverso nuptiae prohibitae sunt eodem modo iisdemque gradibus ac in cognatione naturali; at quamdiu constaret adoptio (17).

3° *Cognatio mixta* seu adfinitas. Ab initio non extabat hoc impedimentum neque in linea recta neque in linea ex transverso. Dein fuerunt in linea recta prohibitae nuptiae, et quidem ex juris gentium ratione (18). In linea ex transverso solummodo saeculo quarto (19). Tandem sub imperio christiano ortum est adfinitatis spiritualis impedimentum (20).

§. 33. *Disparitas.*

I — *Disparitas* — Haec disparitas vel ad conditionem, vel ad honestatem, vel ad cultum reducebatur.

II — *Disparitas conditionis* — Iure veteri prohibebantur nuptiae inter patricios et plebeos (1); at statim hoc impedimentum disparuit (2).

III — *Disparitas honestatis* — Matrimonium non poterat contrahi inter ingenuos et libertos (3). Quamvis postea concessum fuerit (4), tamen patrona eiusque liberi repellebantur (5). Multo magis haec prohibitio antea valebat in personis gradus senatorii (6). Qui secus fecissent, subiiciebantur poenis (7), quae dein sublatae sunt per Iustinianum, qui nuptias permisit, dummodo dotalia intercessissent instrumenta (8).

Similiter vetitum erat quominus ingenui nuberent mulieribus famosis (9). Iustinianus hoc quoque impedimentum delevit, et si actum esset de personis in gradu constitutis requisivit quasdam conditiones (10).

(15) Gai. I, 59; par. 1 i. I, 10; l. 55 pr. XXIII, 2.
(16) ll. cc.; Coll. VI, 3, 2.
(17) Gai. I, 61; Coll. l. c.; par. 2 i. I, 10; l. 55, 1, XXIII, 2.
(18) par. 6; 7 i. I, 10; l. 5, 1, XII, 7; ll. 12, 1, 2; 14, 4, XXIII, 2 — Cf. quoque par. 9 i. I, 10; ll. 12, 3; 15, XXIII, 2.
(19) ll. 5; 8; 9 C. V, 5; ll. 2; 3; 4; 6 C. Th. III, 12.
(20) l. 26 C. V, 4.
(1) Dio. X, 60; Liv. IV, 1, 4, 6; Cic. *de rep.* II, 37.
(2) Liv. l. c.; Cic. l. c.
(3) Cf. Liv. XXXIX, 19; Cic. *pro Sext.* 52.
(4) l. 23, XXIII, 2.
(5) Paul. II, 19, 9; l. 62, 1, XXIII, 2; l. 2 C. V, 4; Nov. Anthem. 2 — Cf. l. 13, XXIII, 2.
(6) Ulp. XIII, 1; XVI, 2; ll. 23; 44, XXIII, 2.
(7) Ulp. XVI, 2. Nuptiae declaratae fuerunt tamquam nullius valoris (l. 16, XXIII, 1; ll. 16 pr.; 42, 1, XXIII, 2; l. 3, 1, XXIV, 1; l. 28 C. V, 4).
(8) Nov. 78, C. 3; Nov. 117, C. 6.
(9) Ulp. XIII, 2; XVI, 2; ll. 41; 43; 44, 8, XXIII, 2.
(10) Nov. 78 C. 3.

Senatores autem eorumque descendentes cum iisdem personis famosis severius contrahere prohibebantur (11); postea vero Iustinus et Iustinianus permiserunt (12).

IV — *Disparitas cultus.* — Aevo posteriori prohibitae sunt nuptiae hebreorum cum christianis sub poena adulterii (13).

§. 34. *Officium, crimen.*

I — *Officium.* — 1° Tale est officium tutelae. Nam tutores curatoresve pupillam, non desponsatam a patre nec testamento destinatam, sibi vel filiis matrimonio iungere non poterant (1). Imo nec ipsam suscipere nondum reddita tutelae ratione, et, quamvis adulta, nondum exacto quinto et vicesimo anno necnon anno utili (2). Prohibitio fuit extensa et ad ulteriores descendentes, et ad extraneos heredes tutorum vel curatorum (3), et ad libertum eorumdem (4), et ad curatorem ventris (5). Nota infamiae percellebat eos qui deliquissent (6); unio poterat etiam de adulterio accusari (7).

2° Pariter non fuit concessum matrimonium ei qui officium in aliqua provincia gereret cum foemina ex eadem provincia vel ibi incola (8). Filius illius neque poterat contrahere (9). Matrimonium nullum erat (10).

Attamen exceptiones aderant, nempe si officium gerens nupsisset veteri sponsae (11); vel si ipse gereret officium in provincia unde esset ortus (12). Ceterum poterat optime collocare in matrimonio filiam suam (13).

(11) Ulp. XIII, 1; ll. 42, 1; 43, 10; 44, XXIII, 2; l. 7 C. V. 5; l. 1 C. V. 27; Nov. Marcian., LXXXIV. Cf. l. 28 C. V. 4.

(12) l. 33 C. I. 4; l. 23 C. V. 24 — Hic adiicimus prohibitionem nuptiarum inter romanos et barbaros (l. 1 C. Th. III, 14; nec non inter mulieres liberas et colonos alienos (Nov. 22 C. 17).

(13) l. 6 C. 1, 9; l. 2 C. Th. III, 7; l. 5 C. Th. IX, 7; l. 6 C. Th. XVI. 8.

(1) ll. 59; 62 pr., 2; 64 pr.; 67 pr. XXIII, 2; l. 7, XLVIII, 5.

(2) l. 36, XXIII, 2; l. 6 C. V, 6 — Poterat tamen tutor dare pupillo filiam suam (l. 64, 2, XXIII, 2. Cf. l. 5 C. V, 6).

(3) ll. 59; 64, 1, XXIII, 2.

(4) ll. 37; 66, 1, ib.

(5) l. 67, 4, ib.

(6) l. 66, ib.; l. 7 C. V, 6.

(7) l. 7, XLVIII, 5 — Insuper qui idem matrimonium contraxisset neque testamento neque per donationem inter vivos quidquam a muliere recipere poterat (ll. 2, 1; 32, 28, XXIV, 1; l. 128, XXX).

(8) ll. 38; 57; 63, XXIII, 2; l. 1 C. V, 2; l. 1 C. Th. III, 6. — Neque qui militabant poterant uxorem ducere ex provincia, praeterquam si militarent in patria (l. 65, XXIII, 2). Imo antiquitus videtur quod militibus prorsus coniugium esset vetitum (Dio. IX, 24; Herodian. III, 8).

(9) l. 57 pr. XXIII, 2. Cf. l. 38, 2 ib.

(10) ll. 38 pr., 1; 63; 65, ib.; l. 2, 1, XXXIV, 9; l. 6 C. V, 4.

(11) l. 38, 1, XXIII, 2.

(12) l. 65 pr. ib.

(13) l. 38, 2 ib.

II — *Crimen.* — Duplex erat crimen quod iure romano obstabat nuptiis, crimen scilicet raptus et crimen adulterii.

1. *Raptus.* — Quod spectat ad crimen raptus videtur quod antiquitus raptor potuerit a morte liberari per subsequens matrimonium (14). Sed aetate Constantini impedimentum iam perpetuum evasit (15). Mulieris raptor puniebatur ultimo supplicio (16); et puniebantur quoque parentes qui raptui consensissent vel raptum non vindicassent (17). Sub nomine mulieris quaecumque veniebat, sive nupta aut non, sive virgo aut vidua, sive, tempore posteriori, ipsa monialis (18).

2. *Adulterium.* — Lex Iulia de adulteriis constituit, poenis comminatis, adulteram non posse novas contrahere nuptias (19); neque maritus eam denuo recipere poterat (20). At proprie adulterium impedimentum nuptiarum non evasit nisi sub Iustiniano, qui nullum declaravit matrimonium (21).

§. 35. *Dispensatio et convalidatio.*

I — Ex omnibus supradictis impedimentis alia erant juris naturae seu gentium, alia juris civilis; alia erant perpetua, alia erant temporanea.

II — Sub priori adspectu habebatur dispensatio. Huiusmodi dispensatio procul dubio non poterat versari circa impedimenta juris naturae, sed solummodo circa impedimenta juris civilis, et procedere debebat a suprema auctoritate, utpote quae potestatem haberet relaxandi dispositiones legislationis.

Quare antiquitus potestas dispensandi erat penes Senatum (1). Dein Imperatores sibi eam avocaverunt (2).

III — Sub altero adspectu habebatur convalidatio. Si impedimentum fuisset perpetuum non erat utique quaestio de convalidatione. Tunc vel coniuges versabantur in mala fide, et tunc impedimentum

(14) Affertur quaedam *lex de raptoribus*, juxta cuius tenorem dies triginta dabantur, in quibus rapta coram magistratu eligeret inter mortem vel matrimonium raptoris; raptor autem consensum raptae et eius patris obtinere tenebatur (Quintil. *Declam.* 262, 270, 280, 301, 309. Arg. ex l. un. C. IX, 13; l. 1 C. Th. IX, 24).

(15) l. un. C. IX, 13. — Attamen sub Gratiano imperatore admissum fuit quod matrimonium inter raptorem et raptam post quinquennium accusari amplius non posset (l. 3 C. Th. IX, 24).

(16) l. 5, 2, XLVIII, 6; l. 54 C. I, 3; l. un. C. IX, 13; Nov. 123 C. 43; Nov. 143; Nov. 150.

(17) l. un. C. cit. IX, 13; l. 1, 4 C. Th. IX, 24.

(18) l. un. C. cit. IX, 13; ll. 1-3, C. Th. IX, 25.

(19) l. 26, XXIII, 2; l. 1, 2, XXV, 7; l. 9 C. IX, 9. Cf. etiam l. 34, 1, XXIII, 2.

(20) l. 9 C. ib.

(21) Nov. 134, C. 12.

(1) Plut. *M. Ant.*, 31: Liv. XXXIX, 17.

(2) l. 10 pr. III, 2; l. 31, XXIII, 2; l. 23 C. V, 4; l. 9 C. V, 5; l. 7 C. V, 6; C. V, 8; C. Th. III, 10; Nov. 139.

hoc reddebat nuptias irritas. Vel in bona fide, et tunc matrimonium dicebatur putativum, omnesque gignebat effectus tum quoad ipsos coniuges tum quoad eorumdem prolem (3). Quod si mala fides postea incidisset, coniuges separari debebant, quia haud amplius matrimonium erat putativum (4).

Si vero impedimentum fuisset temporaneum, ipso cessante matrimonium convalescebat, si vita extitisset communis. Tunc habebatur novum matrimonium ex novo consensu (5), et solummodo validitas respiciebatur pro tempore futuro (6).

CAPUT III.

DE FORMA NUPTIARUM.

§. 36. *Matrimonium solemne.*

I — Matrimonium justum romanorum duplex erat: vel solemne, vel liberum. Differentia erat tantummodo in effectibus, quos in manum conventio secumferebat; nam si matrimonium solemne contractum fuisset, uxor conveniebat in manum viri, scilicet ipsa subiiciebatur, filiae loco, potestati mariti: haec potestas proprie *manus* appellata est. Si vero non solemne fuisset matrimonium, uxor independentiam suam retinebat respectu mariti: remanebat, si filiafamilias, sub potestate patris. Effectus juridici proprie ex matrimonio descendentes utrique matrimonio communes erant.

Matrimonium solemne sub triplici forma contrahebatur: per confarreationem, per coemptionem et per usum.

II — *Confarreatio.* — Erat forma solemnis et sacra (1). Quando aliae formae disparuerunt, et ipsa fere totaliter evanuit; fortasse, praeter causam communem nempe propter liberi matrimonii universalem extensionem, etiam ob relaxata religionis vincula. At diu inter paucos etiam serius retenta est (2), qui pauci erant Flamines Maiores (3). Et penes hos quoque haud amplius huiusmodi solemnitas gignebat effectum conventionis in manum (4).

(3) l. 57, XXIII, 2; l. 4 C. v, 5.
(4) l. 4 C. ib.
(5) ll. 4; 27; 65, 1, XXIII. 2; l. 13, 6, XLVIII, 5.
(6) l. 65, 1, XXIII, 2; l. 6 i. f. C. v, 4.
(1) Dio. II, 25; Gell. I, 12; Arnob. IV; Plin. *H. N.* XVIII, 3; Lampridius, *Alex. Sev.*, 22.
(2) Tac. *Ann.*, IV, 16.
(3) Gai. I, 112; Serv. *Ad Aen.* IV, 103, 374; *Ad Georg.* I, 31.
(4) Gai. I, 136; Tac. *Ann.* IV, 16.

III — *Coemptio* — Erat forma solemnis et civilis fundata super contractum emptionis venditionis. Mulier ex coemptione in manum conveniebat per mancipationem, id est per quamdam imaginariam emptionem venditionem: nam adhibitis non minus quam v testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, asse emebat eum mulier, et is mulierem, cuius in manum conveniebat (5).

Neque tamen, uti patet, dicendum est quod mulier tamquam res emeretur; non enim tantummodo uti obiectum, sed etiam uti subiectum ad hanc formam concurrebat (6).

IV — *Usus* (7) — Forma usus in matrimonio iam in lege XII tabularum agnoscebatur (8). Usu in manum conveniebat mulier, quae anno continuo nupta perseverasset; quia enim velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat. Si qua vero nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesse debebat, atque eo modo cuiusque anni usum interrumpebat (9).

Neque tamen hic quoque putandum est quod *usus* in muliere se haberet ac in coeteris rebus. In usu, prouti diximus superius de coemptione, mulier erat obiectum simul ac subiectum juridicum (10).

§. 37. *Matrimonium non solemne.*

I — Ad matrimonium non solemne seu liberum sufficiens erat consensus seu affectio maritalis (1). Ceterum licet nulla proprie esset in matrimoniis liberis contrahendis statuta juridica forma, nihilominus plures ex moribus observabantur ritus, qui ad essentiam matrimonii non pertinebant (2). Sic quaedam videntur verba usurpata fuisse, per quae vir declarabat se uxorem ducere *liberorum quaerendorum causa* (3).

(5) Gai. I, 113; Cic. *de orat.* I, 56; *pro Murena*, 12; *pro Flacco*, 34; Isid. *Orig.* V, 24: Servius, *ad Georg.* 1, 31; Arnobius, *Adv. gent.*, IV, 20; Festus, *Gaia.* Cf. Gai. 115, 195a.

(6) Inde *coemptio* quasi *cum emptio.* Cf. Gai. I, 123.

(7) Communiter usus tamquam forma traducitur matrimonii solemnis. Sed si solemnitas in forma externa ponenda esset, tunc *usus* non esset vera forma: sine solemnitate aliqua matrimonium liberum post annum gignebat effectum conventionis in manum.

(8) Gai. I, 111; Gell. III, 2.

(9) Gai. l. c. Consule Cic. *pro Flacco* 34; Macrob. *Saturn.* I, 3.

(10) Gai. l. c., 195a; Cic. *pro Cluent.* 5; *pro Flacco* l. c.

(1) par. 2 i. III, 1; l. 32, 13, XXIV, 1; l. 31 pr. XXXIX, 5; l. 220, 3, L, 16; l. 9 C. V, 4; l. 11 C. V, 27; Nov. 22 C. 3.

(2) Cf. l. 66, 1, XXIV, 1; Plut. *Quaest.* 29-31; Fest., *Aqua, Facem, Genialis, Pronuba, Rapi.*

(3) Ulp. III, 3; l. 9 C. V, 4; Plaut. *Capt.* IV, 2 v. 822; Fest., *Quaeso.*

Item interdum, praeter ritus, adhibebantur probationes matrimonii initi; et proinde vel intercedebat declaratio coram testibus (4) vel coram censoribus (5), vel coram tabellione (6). Sed hic quoque non exigebantur expresse huiusmodi probationes (7).

Serius tantummodo, quando libera matrimonia penitus praevaluerunt, necessitas apparuit in quibusdam casibus exigendi probationes coniugii (8). Hac in re Iustinianus pluries in legislatione mutavit (9).

Sub Iustiniano jam non habetur nisi matrimonium liberum. *Manus* multo ante disparuit, licet videatur quod adhuc tempore Iurisconsulti Pauli vigeret (10).

CAPUT IV.

DE EFFECTIBUS NUPTIARUM.

§. 38. *Quoad coniuges.*

I — Plures erant effectus iusti matrimonii romani. Si de matrimonio in genere sermo est, inter effectus connumerari debent patria potestas et prohibitio donationis inter coniuges. At de patria potestate agendum nobis est in tractatu sequenti; de donationibus inter virum et uxorem pertractat sectio altera.

Si vero speciatim de matrimonio solemni, inter effectus videretur computanda manus seu potestas maritalis. At jam animadvertimus quod *manus* procedit potius a solemnitate seu forma quam ab ipso matrimonio in se spectato (1).

Effectus proinde seu relationes personales considerandae sunt sive inter coniuges, sive relate ad prolem.

II — Erant quaedam relationes inter coniuges quae potius provinciam moralem tangebant quam juris (2). Aliae tamen erant, quae revera ad jus pertinebant et in jure considerabantur. Quarum aliquae communiter considerabantur, in utroque scilicet coniuge, aliquae specialiter vel in marito vel in uxore.

(4) Ulp. l. c.
(5) Gell. IV, 3: XVII, 21.
(6) l. 23, 7 C. V, 4.
(7) l. 66 pr. XXIV, 1; l. 31, XXXIX, 5; ll. 9; 22 C. V. 4; l. 3 C. Th. III, 7; Quintil. V, 11, 32; *Decl.* 247.
(8) l. 23, 7 C. V. 4. Cf. l. 11 C. V, 27; Nov. 89. C. 8.
(9) Cf. Nov. 74 C. 4; Nov. 117 C. 4.
(10) Affertur Frag. Vat. 115; quod satis obscurum est hac in re.
(1) Hanc propositionem optime evolvit Cl. Bonfante in egregio opere *Istituz. di dir. rom.*, Firenze, Barbèra, 1896.
(2) l. 14, 1, XIV, 3; l. 48 pr. XXXVIII, 1; l. 2, XLVII, 10.

1.º *Communes* — Ratione societatis coniugalis ambo sibi invicem adiutorium praestare tenebantur (3). Ergo, si quis indiguisset, alimenta ab altero debebantur (4). Si quis e converso creditor fuisset, alter beneficio competentiae fruebatur (5).

Ratione fidelitatis sanctitatem thori observare debebant. Non idem tamen effectus ex pollutione thori ex parte utriusque; nam in uxore adulterium simplex jam per se crimen causam dans divortio constituebat (6); in viro praeter adulterii factum materiale alia adiuncta requirebantur (7).

Ratione reverentiae alter in alterum actionem famosam proponere non poterat (8); item ab attestatione judiciali adversus alterum liberabatur (9).

2.º *Speciales* — Et quidem a) quoad maritum. Specialiter maritus jus habebat, ut uxor ipsum sequeretur quocumque se conferret (10). Quare domicilium mariti erat domicilium etiam uxoris (11). Item maritus gerebat uxoris personam in judicio (12). Nec non concedebatur ei interdictum de uxore exhibenda vel ducenda adversus detentorem (13).

b) quoad uxorem. Uxor ex altera parte jus habebat ut dignitate et privilegiis mariti frueretur (14).

§. 39. *Quoad prolem.*

I — Praetermisso effectu matrimonii quoad prolem, qui consistit in patria potestate, et de quo infra, considerandus est effectus paternitatis seu legitimitatis prolis juxta principium: pater is est quem nuptiae demonstrant (1).

1.º *Requisitum ad legitimitatem* prolis erat ut nasceretur in septimo mense initi matrimonii (2), vel in decimo mense matrimonii dis-

(3) l. 22, 7, XXIV, 3.

(4) l. 21, 1, XXIV, 1; l. 22, 7, 8, XXIV, 3; l. 29 C. V, 12.

(5) par. 37, i., IV, 6; ll. 12; 14, 1; 17, 1, 2, XXIV, 3; ll. 17, 20. XLII, 1.

(6) Nov. 117, C. 8, 2.

(7) E. g. quod concubinam in domum coniugalem attraxerit (Nov. 117 C. 9, 5).

(8) Potius concedebatur vel actio in factum, vel restitutio in integrum (l. 17, XI, 13; l. 1 i. f. C. V, 12; l. 2 C. V, 21). Haec est ratio cur non proponeretur actio furti, sed actio rerum amotarum (D. XXV, 2; C. V, 21; l. 22, 4 C. VI, 2). Quamvis ad hanc actionem rerum amotarum non solum ratio reverentiae conferebat, sed et ratio societatis coniugalis, in qua verum furtum admitti non reputatur (Cf. l. XXV, 2).

(9) l. 4, XXII, 5.

(10) l. 65, V, 1; l. 5, XXIII, 2; l. 9 C. X, 39; l. 13 C. XII, 1; l. 7 C. Th. II, 1.

(11) ll. 22, 1; 38, 1, L, 1.

(12) l. 2, XLVII, 10; l. 21 C. II, 13.

(13) ll. 2; 15, XLIII, 30. Cf. l. 3 C. VIII, 8.

(14) Frag. Vat. 104; l. 9 C. X, 39; l. 13 C. XII, 1.

(1) l. 5, II, 4.

(2) l. 12, I, 5. Cf. l. 3, 12, XXXVIII, 16.

soluti (3). Etenim gestatio mulieris a septimo mense ad decimum perduci posse putabatur (4). Nisi maritus probasset vel cum uxore a tempore conceptionis ad nativitatem non concubuisse (5), vel non potuisse concubitum habere (6). In hoc casu maritus repellere poterat paternitatem; quin tamen adulterium uxoris obiicere posset, quia adulterium non erat sufficiens probatio contra legitimitatem (7).

Quamvis ante vel post tempus praedictum illegitima proles traduceretur (8), nihilominus admissum fuit dein in legislatione justinianea quod et filius ante septimum mensem, sed in matrimonio natus, legitimus censeretur (9).

2.⁰ *Probatio legitimitatis* ex pluribus desumi poterat:

a) ex instrumento publico. Iam antiquitus in moribus populi romani erat filios penes acta publica describendi (10); quem morem Marcus Aurelius in legem transtulit (11). Exinde fiebat plena paternitatis probatio (12).

b) ex instrumento privato. Declaratio a patre facta in testamento, vel in scriptura ab eodem exarata et tribus testibus signata legitimitatem confirmabat (13).

c) ex testibus. Requirebantur quinque, qui de legitimitate deposuissent (14).

3.⁰ *Actio ad legitimitatem* prolis erat actio de partu agnoscendo, quae non solum filio sed et matri et tutori concedebatur (15). Interdum Praetor, si agebatur de filio pupillo, examen differebat in tempus pubertatis, ne de statu periclitaretur antequam se tueri posset (16); interim possessionem bonorum patris defuncti concedebat, quae *bonorum possessio Carboniana* appellabatur (17).

4.⁰ *Postuma proles* defendebatur quoque in sua legitimitate. Soluto enim matrimonio uxor se praegnantem asserere poterat. Quo in casu distinguebatur inter matrimonium divortio solutum, vel morte.

(3) Cf. l. 29 pr. XXVIII, 2; l. 3, 11, XXXVIII, 16; l. 4 C. VI, 29.

(4) Paul. IV, 9, 5. Cf. Plin. *H. N.* VII, 5; Macr. *Somn. Scip.* 1, 6; Gell. III, 16; Aristot. *De nat. anim.*, VII, 4; Censorin. *De die natal.* VII; Plut. *De Placit. phil.* V, 18. Cf. quoque in sacris scripturis *Sapient.* VII, 2.

(5) l. 6, I, 6; l. 1, 14, XXV, 3.

(6) l. 6, l. c.

(7) l. 11, 9, XLVIII, 5.

(8) Cf. Ulp. V, 10; ll. 11; 12, I, 5.

(9) Ex praesupposito quod maritus antecedenter rem habuerit cum futura uxore (l. 11 C. V, 27; Nov. 89, C. 8, 1).

(10) Praesertim hunc morem sequebantur principaliores (Svet. *Tiber.* 5; *Calig.*, 81; Iuven. *Sat.* IX, 84. Cf. l. 8, I, 5).

(11) Capitol. *Marc. Aurel.*, 9. Cf. ll. 16; 29, 1, XXII, 3.

(12) Cf. l. 29, 1, XXII, 3; l. 2, 1, XXVII, 1; l. 15, 1 C. IV, 20; l. 15 C. VII, 16; Nov. 117 C. 2.

(13) l. 15, 1, C. IV, 20; Nov. cit.

(14) l. 29 pr. XXII, 3; l. 15, 1 C. cit.

(15) l. 3, 1, 2, XXV, 3; l. 3, 5, XXXVII, 10. Cf. par. 13 i., IV, 6.

(16) l. 3, 4, 5, XXXVII, 10.

(17) l. 1 pr. ib.

a) Si divortio solutum esset matrimonium, et uxor praegnantem se declarasset, debebat imprimis maritus commoneri (18), et alimenta debebantur matri etiam pro filio (19). Maritus tamen jus habebat pro rei veritate agnoscenda custodes ventri mittendi, quos mulier recipere tenebatur. Si mulier non denunciasset, vel custodes a marito missos non recepisset, iste paternitatem jure reiiciebat (20); quemadmodum e contrario, denunciatione facta, maritus si protestatus haud esset vel custodes non misisset, paternitatem non poterat denegare (21).

Fieri poterat quod non tam uxoris, quam potius mariti interesset defendere partum ne supprimeretur, si mulier praegnans apparuisset. Tunc maritus jus habebat inspectionem provocandi circa mulierem; quae si praegnans verisimiliter inventa fuisset, ventri custodes mittebantur donec vel pareret vel contrarium certo appareret (22).

b) Si morte solutum esset matrimonium, et mulier se praegnantem declarasset, debebant commoneri illi omnes, quorum intererat, ad hoc ut inspectio fieret (23) et exinde bonorum possessionem ventris nomine Praetor concederet (24), nec non alia jura nempe alimenta (25). Tunc curator ventris assignabatur (26).

CAPUT V.

DE DISSOLUTIONE MATRIMONII

§. 40. *Divortium.*

I — Licet romani iuris principium sit matrimonium semel legitime contractum indissolubile per se esse utpote quod erat omnis vitae consortium, tamen non una eiusdem principii apud romanos extat exceptio. Matrimonium praeter mortem — de qua vix mentio fieri debet — dissolvebatur etiam divortio et amissione connubii (1).

Quoad divortium non constans fuit legislatio. Nos possumus distinguere quatuor tempora principalia: 1. usque ad divortium Sp.

(18) Paul. II, 24, 5; ll. 1 1-3, 5, 9; 3, 1, XXV, 3.
(19) Cf. l. 1, 13 seq. ib.
(20) Paul. II, 24, 6; l. 1, 6, 13-15, ib.
(21) ll. 1, 15, 16; 2; 3 pr. ib.
(22) Paul. II, 24, 7; l. 1 pr., 5 seq. XXV, 4.
(23) l. 1, 10 seq. ib.
(24) l. 1 pr. XXXVII, 9. Nisi evidenter appareret quod praegnans non erat (l. 1,10; cf. ll. 1, 15; 2, 1, XXV, 4.
(25) ll. 1, 19, 20; 4; 5, XXXVII. 9.
(26) l. 1, 17, 18, 23, 24, 26 ib. — Edito infante cessabat bonorum possessio ventris nomine (l. 1, 27, ib.).
(1) L. 1, XXIV, 2. Casum specialem, quo matrimonium quoque dirimi antiquitus quaerebatur, vide in l. 28 C. V, 4.

Carvilii Rugae: 2. a Carvilio Ruga ad leges Iuliam et Papiam Poppaeam: 3. a legibus supradictis usque ad Iustinianum: 4. legislatio Iustinianea.

II — *Epocha prima.* Tunc fere in universum vigebat matrimonium cum manu; unde divortium intra certos quidem limites concludebatur, et tamquam exclusiva viri et non uxoris praerogativa agnita est (2). Triplex erat causa, cui innixus maritus poterat uxorem dimittere: adulterium, subiectio vel subtractio clavium, veneficium in prole (3).

At viro non erat concessum proprio marte diiudicare, sed consilium domesticum consulere debebat, (4) quod componebatur ex agnatis, cognatis et amicis (5).

III — *Epocha secunda.* Primus dicitur Sp. Carvilius Ruga, qui sine causa matrimonium dissolvit.

Quidquid sit de hac re, tunc coepit principium vigere quod in classica jurisprudentia fuit evolutum, potuisse nempe matrimonium libere dirimi, quaemadmodum libere contrahebatur: dissensu dissolvebatur, quod consensu conjungebatur (6). Immo veluti immorale habitum est pactum ne liceret divertere (7): fortasse in hac epocha *judicium de moribus* suffectum fuit consilio domestico (8).

IV — *Epocha tertia.* Matrimonia libera pene expulerant matrimonia cum manu. Corruptio morum adeo excreverat, ut non solum vir, sed uterque coniux de communi sententia saepissime vinculum infringerent quod contraxerant. Divortium bilaterale non solum possibile, sed frequentissimum fuit. Necessitas proinde orta est quod legislatio et causas divertendi probabiles assignaret, et poenas effrenatis divortiis comminaret.

Exinde leges Iulia et Papia Poppaea, et deinde caeterae leges, quae super libidinem divortiorum imperatores usque ad Iustinianum tulerunt.

Triplex casus distinguebatur: vel divortium erat bilaterale vel unilaterale *bona gratia* vel unilaterale culposum.

a) Bilaterale erat quando ambo coniuges consensissent in divortium.

b) Unilaterale *bona gratia* illud erat quod ex parte unius coniugis, sed cum causa provocabatur (9).

(2) Plut. *Rom.*, 22; Gell. x, 23.
(3) ll. cc.
(4) Consule Val. Max. II, 9, 2; Plin. *H. N.* 13, 14; Tac. XIII, 32.
(5) Val. Max. VI, 1. 1; Dio. II, 25. Unde a Valerio Maximo appellatum quoque fuit *consilium necessariorum*, (V, 8, 3); et a Tacito *consilium propinquorum et amicorum* (*Ann.* XIII, 32).
(6) l. 134 pr. XLV, 1; l. 2 C. VIII, 39.
(7) l. 2 C. cit.
(8) Consule Plin. *H. N.* XIV, 13, 14.
(9) ll. 32; 60, 1-62 pr. XXIV, 1; l. 14; 4 XL, 9.

Causae erant sterilitas mulieris, sacerdotium, militia, senectus, morbus (10).

c) Unilaterale culposum illud, cui crimen unius coniugis occasionem dabat. Crimina haec varia erant, nec semper firmiter enumerata (11). Penae constitutae pro casu divortii culposi respiciebant praesertim amissionem lucrorum nuptialium, nec semper eaedem fuerunt. Si agebatur de marito, antiquitus, praeter notam censoriam (12), abbreviabantur ei termini restituendae dotis (13). Si de muliere, vir habebat jus retentionum super dotem ipsius (14). Dein imperatores Theodosius et Valentinianus constituerunt, ut si mulier, contempta lege, repudium mittendum esse tentaverit, suam dotem et ante nuptias donationem amitteret, nec intra quinquennium nubendi haberet denuo potestatem; si vero maritus uxori suae sine justa causa renuntiaverit, dotem redhiberet et ante nuptias donationem amitteret (15).

§. 41. *Jus justinianeum.*

I — *Epocha quarta.* Iustinianus materiam divortii non semel pertractavit, et quam maxime christianae religionis praeceptis accomodare studuit. Quare:

a) divortium bilaterale reiecit (1), quamvis antea jam admisisset (2).

b) divortium unilaterale *bona gratia* ad duos casus tantummodo limitavit, nempe si vir aut uxor monasterium elegerit (3), vel si vir impotentiam suam per triennium manifestaverit (4).

c) divortium unilaterale culposum in quibusdam peculiaribus causis admissum fuit a Iustiniano (5).

II — Quoad poenas culposi divortii Iustinianus confirmavit legislationem Theodosii et Valentiniani de amissione dotis et ante nuptias

(10) ll. 60, 1; 61, XXIV, 1; l. 4, XXIV, 2; l. 22, 7; XXIV, 3. Excipiebatur casus libertae, quae suo patrono nupsisset; ipsa non poterat neque bona gratia divertere, nisi patrono consentiente (ll. 10; 11 pr., 1, XXIV, 2; l. un. 1, XXXVIII, 11). Quod si de patrono simpliciter fideicommissario ageretur, poterat divertere et eo dissentiente (l. 50, XXIII, 2; l. 10, XXIV, 2).

(11) Recensentur praesertim in ll. 8; 11, C. V, 17. Notandum quod si matrimonium fuisset culposum ex utraque parte, delicta compensabantur (ll. 39; 47, XXIV, 3).

(12) Gell. X, 23.

(13) Ulp. VI, 13.

(14) Ulp. VI, 12. Erat etiam actio de moribus (Gai. IV, 102. Cf. l. 15, 1, XXIII 3).

(15) l. 8, 4, 5. C. V, 17.

(1) Nov. 134 C. 11.

(2) Nov. 22 C. 4, 18. Iustinus II postea rursus admisit (Nov. 140).

(3) Nov. 22 C. 5; Nov. 117, C. 12.

(4) l. 10 C. V, 17; Nov. 22, C. 6; Nov. 117 l. c.

(5) Nov. 117, C. 8; 9.

donationis (6). Praeterea casum quoque consideravit quo neque dos neque ante nuptias donatio intercessissent, et statuit quod coniux culposus amitteret quartam partem propriae substantiae; et si quidem quadringentarum librarum auri vel amplius haberet, centum auri libras praestaret, sin minus quadringentis libris, tunc praestaret adamussim quartam partem, computatione facta purae substantiae (7). Graviores poenae erant si ageretur de adulterio. Coniux adulter, praeter amissionem omnium quae diximus, amittebat reliquam suam substantiam, et successio aperiebatur in bona ipsius. Si vir, et extarent descendentes vel ascendentes usque ad tertium gradum, ipsis adiiudicabantur bona; secus Fisco. Si mulier, bona adiiudicabantur pro tertia parte monasterio, in quod coniiciebatur, et reliquum descendentibus extantibus; solummodo ascendentibus extantibus, una tertia pars iisdem, et ceterae duae monasterio; nullis neque descendentibus neque ascendentibus intervenientibus, tota substantia monasterio cedebat (8).

Quod si non culpa, sed sine causa aut fere divortium factum fuisset, coniux vel coniuges, si ambo consensissent, iisdem quo supra poenis subiiciebantur. Imo ulterius progressum est, et statutum quod sustinerent poenas prouti in casu adulterii (9).

§. 42. *Forma divertendi.*

I — Quemadmodum diximus quod forma requireretur in contrahendo matrimonio solemni, et nulla forma, proprie loquendo, in contrahendo matrimonio libero, ita pariter de forma in matrimonii dissolutione.

Matrimonium cum manu certo certius requirebat formam solemnem contrariam eidem, quae in contractu adhibebatur. Quare matrimonium per confarreationem dissolvebatur per diffarreationem (1). Matrimonium per coemptionem et usum dissolvebatur per emancipationem factam a marito (2).

(6) Nov. 22, C. 15, 1, 2.

(7) l. 11, 1 C. v, 12; Nov. 22, C. 18.

(8) Nov. 134, C. 10.

(9) Nempe quod, juxta cit. Nov. 134, 10, uterque coniux, vel unus eorum, in monasterium coniiceretur omniaque bona applicarentur parentibus et monasterio (ll. 8. 4, 5; 11, 1 C. v, 17; Nov. 22, C. 15, pr. 3, C. 17, 1, C. 18; Nov. 117, C. 13; Nov. 127, C. 4; Nov. 134, C. 11).

(1) Fest. *Diffareatio*.

(2) Neque obiiciatur, quod manus non ad matrimonium contrahendum, sed ad potestatem mariti super uxorem pertineat. Nam vir, cuius in manum uxor convenisset, non poterat eam repudiare quin pariter dissolveret manum. Secus ex una parte repulisset uxorem, ex alia retinuisset filiam: quod non est voluntati repudiandi congruum.

II — Matrimonium sine manu nullam exigebat formam ut solveretur. At, eo modo quod in moribus penes Romanos erat ritus adhibendi in nuptiarum coniunctione, pari modo quidam ritus, in moribus utique tantummodo, adhibebantur in dissolutione. Hinc formulae quaedam verborum, quae nobis per auctores innotescunt, quibus utebantur coniuges in divertendo, quaeque reducebantur ad istas principaliores: tuas res tibi habeto — tuas res tibi agito — quod tuum est teneas tecum — tibi habeas res tuas, redde meas (3).

Interdum etiam ritus externi intercedebant, nempe vel materialiter expellebatur mulier e domo, vel ei adimebantur claves (4).

III — Augustus, qui multiplici lege divortiis modum imposuisse constat (5), formam certam divertendi instituit, scilicet quod voluntas declararetur per libertum coram septem testibus civibus romanis (6).

Perseverante lue divortiorum, imo de die in diem progrediente (7), incommodum satis visum est hanc formam sequi. Unde introducta est forma libelli repudii (8).

§. 43. *Amissio connubii.*

I — Praeter divortium penes romanos dirimebatur matrimonium, si amissum fuisset connubium inter coniuges. Sed non quarumcumque conditionum, quas connubium constituere diximus, amissio erat talis ut matrimonium legitime iam contractum dissolveret, sed solummodo quandocumque quis capite minutus esset. Nec pariter omnes capitis deminutiones hunc effectum secum ferebant, sed nonnullae tantum.

II — *Maxima capitis deminutio* imprimis matrimonium dirimebat; nam sive elementum civile (civitas) sive elementum naturale (libertas) destruebantur per huiusmodi capitis deminutionem (1). Sic deminutus servus fiebat, nec inter servos connubium erat.

Speciatim habita est ratio captivi in bello. In jurisprudentia classica distinctio facta est inter casum quo incertum esset utrum vivus coniux apud hostes teneretur an certum. Priori in casu non licebat alteri coniugi ad alias convolare nuptias; in altero utique post quin-

(3) l. 2, 1, XXIV, 2; Plaut. *Amph.* III, 2, v. 763; *Cas.* II, 2, v. 101; *Cist.* IV, 2, v. 490; *Trinum.* II, 1, v. 237. Consule Cic. *de orat.* I, 40.

(4) Cf. Plaut. *Cas.* l. c. II, 2, v. 101; Cic. *Phil.* II, 28.

(5) Svet. *Oct.* 34.

(6) l. 9, XXIV, 2; l. 1, I, XXVIII, 11.

(7) Senec. *de benef.* III, 16; Martial. *Epig.* VI, 7; X, 41.

(8) ll. 6; 8 C. V. 17. Haec forma libelli repudii jam moribus antea introducta fuerat (ll. 3; 7, XXIV, 2).

(1) Cf. l. 32, 6, XXIV, 1; l. 1, XXIV, 2; l. 12, 4, XLIX. 15.

quennium (2). Constantinus tempus ad quadriennium reduxit (3). Iustinianus quoque hac de re primo statuit (4), et dein rursus adiecit (5).

III — *Media capitis deminutio* elementum civitatis destruebat, et proinde matrimonium perseverabat in suo elemento naturali. Constante ergo affectione maritali etiam matrimonium constabat (6); imo, quod vere contrarium principiis videretur, admissum fuit quod et dos remaneret (7). Si affectio maritalis non perseverasset, matrimonium dissolvebatur, existente causa divortii *bona gratia*.

IV — *Minima capitis deminutio* per adoptionem tunc solummodo poterat dissolvere matrimonium, si impedimentum per ipsam inter coniuges ortum fuisset (8).

§. 44. *Effectus dissolutionis.*

I — Effectus dissolutionis matrimonii plures erant. Dissoluto matrimonio mulier, si quidem mortis causa, maritum lugere debebat tempore statuto a legibus: unde religio luctus. Dein alius effectus erat ut coniux ad ulteriora vota transire posset: unde secundae nuptiae. Sed de religione luctus et secundis nuptiis in distinctis paragraphis speciatim agemus. Quoad bona pariter videbimus suo loco in altera sectione. Nunc de effectu matrimonii soluti quoad prolem.

II — Distinguendum inter solutionem divortio et solutionem morte peractam.

a) Si divortio, tunc proles generatim penes coniugem innocentem permanebat (1). In casu quo ambo coniuges in divortium consensissent, magistratis diiudicare oportebat. Expensae autem educationis primo virum onerabant, et secundario mulierem (2).

b) Si morte, tunc proles educanda erat penes superstitem (3), nisi defunctus pater aliter in suo testamento disposuisset, quia voluntas patris observanda erat; a qua nihilominus nonnumquam magistratus justa de causa poterat recedere (4).

(2) l. 6, xxiv, 2.
(3) l. 7, C. 17.
(4) Nov. 22, C. 7.
(5) Nov. 117, C. 11.
(6) l. 13, i, xxiv, 1; l. 5, i, xlviii, 20; l. 24 C. v, 16; l. 1 C. v, 17; Nov. 22, C. 13.
(7) Cf. l. 5, i cit.; l. 1 C. v, 17 cit.
(8) l. 67, 3, xxiii, 2.

(1) Nov. 117, C. 7. Cf. Auth. ad l. un. C. v, 24.
(2) ll. cc.
(3) l. 1 C. v, 49; Nov. 22, C. 38.
(4) l. 1, 10, xxv, 4. Cf. l. 1, 1, xxvii, 2; l. 7, xxxiii, 1.

§. 45. *Religio luctus.*

I — Ratio luctus in foeminis erga maritos defunctos duplex erat penes Romanos; prima, quae quidem tempore praecessit, generalis erat omnibus ad familiam pertinentibus; altera specialis erat uxoribus.

II — Prima ratio fundabatur in pietate et etiam reverentia, quam unusquisque de familia erga alios observare tenebatur. Ex vetustissima lege (1) parentes et filii maiores decem annis anno lugendi erant; minores usque ad trimatum, quot annorum decesserint, pro quoque anno, mense; maritus decem mensibus; cognati proximiores usque ad sextum gradum octo (2). Qui contra fecissent, infamium numero habebantur (3).

Haec lex paulatim in desuetudinem abiit, ita ut plurimae quaestiones exortae sint; num exheredatus patrem lugere deberet; num parentes sexus masculini, an etiam feminini lugendi essent; imo etiam quatenus extenderetur parentum appellatio (4). Proinde solummodo secundum pietatis rationem, prout quisque voluerit, parentes liberique lugebantur (5). Etiam mulier ab imperatore Gordiano soluta est ab obligatione juridica tristiores habitus ceteraque id genus insignia ferendi (6). Unde obligatio moralis tantum evasit (7).

III — Altera ratio e contra fundabatur in publica utilitate. Praetor periculum evitare studuit ne per festinatas nuptias sanguis turbaretur in damnum prolis adhuc defuncti mariti et praesertim ne insidiae foetui pararentur (8).

Quod si peperisset ante tempus luctus, tunc cessabat ratio, et statim nubere poterat (9).

Statutum tempus erat decem mensium, quod dein ad duodecim per imperatores Gratianum, Valentinianum et Theodosium perductum fuit (10). Infra hoc tempus mulier nubens, praeter infamiam, puniebatur, simulque omnes qui favissent huic novo coniugio (11).

(1) Quae Numae attribuitur. Plut. *Num.* 12; *Coriolan.* 39. Cf. Senec. *Epist.* 63.
(2) Paul. I, 21, 13; Fragm. Vat. 321; l. 25 pr., III, 2; Plut. ll. cc.
(3) Paul. l. c.; Frag. Vat. 320.
(4) Fragm. Vat. 321; l. 25 pr., III, 2
(5) ll. 11 pr.; 23, III, 2.
(6) l. 15 C. II, 12.
(7) Quae neque observabatur si maritus luctu indignus apparuisset (l. 11, 1, 3, III, 2).
(8) l. 1, ib.
(9) l. 2, ib.
(10) l. 2 C. V. 9.
(11) Frag. Vat. 320; l. 1, III, 2. Cf. l. 15 C. II, 12.

Poenae ab imperatoribus christianis additae sunt illis, quae jam constitutae erant, ita ut in jure inveniantur:

a) infamia (12).

b) prohibitio relinquendi secundo marito, et quidem liberis prioris coniugii non intervenientibus, plusquam tertiam suae substantiae partem (13).

c) remotio a successione testamentaria. Ab intestato succedebat cognatis suis usque ad tertium gradum (14).

d) amissio lucrorum nuptialium prioris matrimonii (15).

Justinianus praeterea constituit, ut iisdem incommodis ea etiam mulier afficeretur, quae, licet ad secundas non convolasset nuptias, filium in undecimo aut duodecimo luctus mense peperisset, adeo ut praesumi absolute nequiverit, filium ex defuncto marito procreatum fuisse (16).

Ab hisce poenis liberabatur quae obtinuisset imperiale rescriptum, dummodo liberos nullos ex priori marito suscepisset; si suscepisset, tunc nec imperiale rescriptum ei proderat, nisi medietatem bonorum suorum illis mulier supplex dimitteret (17).

§. 46. *Secundae nuptiae.*

I — Quamvis in genere permissae fuerint Romanis secundae et ulteriores nuptiae, tamen tres epochae principaliores distingui possunt in legislatione ad rem pertinente. Prima ante leges Juliam et Papiam Poppaeam; altera sub imperio legum praedictarum; tertia sub imperio christiano.

II — *In prima epocha,* mores reprobabant alterum mulieris matrimonium praesertim ob memoriam defuncti mariti, reapse tamen ob caritatem liberorum (1). Quoad viros, exceptis pontificibus (2), secundum coniugium adeo in odio moribus non erat.

III — *In altera epocha,* quia morum corruptio ita grassabatur, ut generatio liberorum studiose vitaretur, leges Julia et Papia Poppaea fovendis matrimoniis maxime incubuerunt, et poenas contra viduitatem

(12) l. 1, III, 2; ll. 1; 2 C. v. 9; l. 4 C. VI, 56; l. 1 C. Th. III, 8; Nov. 22, C. 22 pr.

(13) l. 1 C. v. 9; Nov. 22, C. 22 pr. cit.

(14) l. 1 C. ib.; Nov. 22, C. 22 pr., 1.

(15) l. 1; 2 C. ib.; Nov. 22, C. 22 pr.

(16) Nov. 39, C. 2.

(17) l. 4 C. VI, 56; Nov. 22, C. 22, 1.

(1) Omittebantur etiam solemnitates, quae fieri solebant in matrimoniis. Cf. Ovid. *Fast.* II. 557; V. 487; Macrob. *Saturn.* I, 15.

(2) Pontifices semel nubebant. Cf. Tertull. *De monog.* 17.

et coelibatum statuerunt (3). Unde secunda coniugia nedum tollerata, fere jubebantur, et principium praevaluit prorsus contrarium praecedenti.

IV — *In tertia epocha,* cessante peculiari ratione superius exposita vel certe sub influxu doctrinae christianae, imperatores non solum ad principium pristinum redierunt, sed et leges condiderunt ad secundas nuptias impediendas. Etiam in hac epocha duplex ratio allata est; tum pudoris, tum utilitatis pubblicae seu favoris liberorum (4).

Unde imprimis conati sunt imperatores retrahere mulieres a secundis nuptiis (5), nam in ipsis pudor magis aestimandus (6), et liberorum tutela magis periclitatur (7). Sed et virorum nuptiae reprobatae dein fuerunt (8).

Damna ergo et incommoda, quae binubos sequebantur, alia erant uxori propria, alia utrique coniugi communia.

a) *Contra binubam in specie.* — 1⁰ Mater binuba non poterat ingratitudinis causa revocare donationes, quas ipsa liberis prioris matrimonii fecisset (9). — 2⁰ Ab intestato succedens filio prioris matrimonii bonorum paternorum nonnisi usumfructum habebat (10). At in legislatione Justinianea id primitus fuit abolitum (11), postea vero rursus limitibus confirmatum (12). — 3⁰ Amittebat educationem filiorum prioris coniugii (13). — 4⁰ Pariter amittebat tutelam (14). Insuper si ad secunda vota transiisset, quin novum tutorem liberis procurasset rationemque suae gestionis reddidisset, puniebatur adinstar illius quae tempus luctus praevertisset (15). — 5⁰ Denique dignitatem, omniaque privilegia mariti defuncti amittebat (16).

b) *Contra binubos in genere* — 1.⁰ Coniux binubus omnium lucrorum nuptialium ius ac dominium propter secundas nuptias amittebat favore liberorum prioris matrimonii, eorumdem tantummodo usumfructum retinens (17); neque proinde licebat ei in secundo ma-

(3) Ulp. XIV.

(4) Ratio socialis praevaluit. Cf. l. 5, 1, C. V, 9; Nov. 22, C. 20, 1; 23.

(5) ll. 2; 3; 9, 1 C. V, 9; l. 9. C. V, 17; l. 2 C. Th. III, 8.

(6) l. 3, 1 C. V, 9; l. 22, 5 C. V, 37.

(7) Revera liberi magis timere debent vitricum per secundas nuptias maternas, quam novercam per nuptias paternas. (Cf. l. 4, V, 2; l. 22, 5 C. V, 37; l. 23 C. Th. III, 8).

(8) l. 5 C. V, 9. Cf. Nov. Th. XX.

(9) l. 7 C. VIII, 56. Quibusdam ingratitudinis casibus exceptis (Nov. 22, C. 35).

(10) l. 3, 1, C. V, 9.

(11) Nov. 2, C. 3.

(12) Nov. 22, C. 46.

(13) l. 1 C. V, 49; Nov. 22, C. 38.

(14) Nov. 22, C. 40.

(15) Nov. 22, l. c.; Nov. 94, C. 2.

(16) Nov. 22, C. 36.

(17) ll. 3; 5 C. V, 9; Nov. 2, C. 1; 2; Nov. 22, C. 21; 23; 26; 46; 47; Nov. 127, C. 3. Lucra nuptialia vocantur quaecumque ex causa matrimonii alter coniugum ex alterius bonis lucratus est, sive sponsalitia largitate id factum sit, sive coniugali donatione, sive testamento ei obvenerit, sive lege, quo in genere etiam sunt, quae propter divortium alteri eripiuntur, alteri adiiciuntur (ll. 3 pr.; 5 C. V, 9; l. 2 C. Th. III, 8; Nov.

trimonio dotis vel propter nuptias donationis deminutionem facere, ne jure suo frauderentur liberi prioris matrimonii (18). — 2.⁰ Praeterea amittebat in totum quae sub viduitatis conditione fuerant ipsi relicta (19). — 3.⁰ Secundo coniugi aut donare aut testamento relinquere non plus poterat, quam ei ex liberis prioris matrimonii, qui minimum cepisset (20). — 4.⁰ Demum cautionem legatorum servandorum dare in omnibus casibus debebat liberis prioris matrimonii, quibus vel legatum vel fideicommissum coniux ipse binubus praestare teneretur (21).

§. 47. *Coelibatus, Orbitas.*

I — Quae in praecedenti paragrapho innuimus de epochà legum Iuliae et Papíae Poppaeae magis nunc explicanda sunt, ut recte cognoscatur principium contrarium illi, quod jam antiquitus praevaluerat, et dein in legislatione posteriori, et praesertim justinianea, rursus praevaluit.

II — Leges Iulia et Papia Poppaea in genere matrimoniis favebant. Huic studio sedulo inhaerentes, omnia impedimenta matrimonii et liberorum procreationi (finis ultimus legislationis eiusdem) in quantum fieri potuit sublata sunt. Summatim capita legum praedictarum ad haec reducebantur:

1.⁰ privilegiis cumularunt eos qui in matrimonio vivebant, et filios habebant (1). Ad hunc finem tamquam valida matrimonia habita sunt inter ingenuos et libertinos (2).

2, C. 1, 2; Nov. 22, C. 23; 32). Quum vero Iustinianus in Nov. 98, C. 1 et Nov. 123, C. 3 constituerit quod independenter a secundis nuptiis semper dos et propter nuptias donatio liberis cederent, parensque superstes portionem virilem tantummodo cum liberis super his bonis consequeretur, tunc poena contra binubum respexit solum hanc portionem virilem aliasque liberalitates.

Liberis cavebatur sive in bonis parentis usufructuarii, sive per eius heredes. (Cf. l. 5 pr. C. v, 9; Nov. 22, C. 24).

(18) l. 19 C v, 3; Nov. 22, C. 31.

(19) ll. 2; 3 C. vi, 40; Nov. 22, C. 43; 44. — Quoad conditionem viduitatis testamento appositam notandum est quod primitus leges Iulia et Papia Poppaea reprobaverant; lex quaedam Miscella approbaverat, et solummodo sperni posse concesserat, si coniux intra annum viduitatis novum matrimonium inire affirmasset liberorum quaerendorum causa. Anno elapso, mulieri viduae capere non licebat relictum, nisi cautionem praestitisset alterum coniugium non inituram: quae cautio appellata est Mutiana. (Cf. Nov. 22, C. 43).

(20) ll. 6; 9; 10 C. v, 9; Nov. 22, C. 27.

(21) l. 6, 1 C. vi, 49; Nov. 22, C. 41.

(1) Gai. i. 145, 194; Ulp. xxix, 3; Frag. Vat. 191; 192. Consule Gell. ii, 15; Tac. *Ann.* xv, 19.

(2) l. 23, xxiii, 2. Praeter tamen senatores eorumque liberos, quibus primitus commoda plurima denegata fuerunt (Ulp. xiii, 1; xvi, 2; l. 44, xxiii, 2); dein prorsus nulla declarata sunt eorum matrimonia (l. 16, xxiii, 1; l. 3, 1, xxiv, 1) — Nuptias cum personis famosis, praesertim senatorum eorumque descendentium leges improbaverunt (ll. 42, 1; 44, xxiii, 2).

2.° contra coelibatum poenas constituerunt.

Leges Iulia et Pap. Pop. mutationes adiectionesque subierunt per plurima senatusconsulta, nempe Persicianum, Claudianum, Calvisianum (3) et Memmianum (4).

III — *Favor matrimoniorum* — Uxoratis cum filiis favores concessi sunt: (5)

a) uxorati erant solidi capaces. Orbi e contra plusquam dimidiam partem haereditatum legatorumque capere vetabantur (6). Si, praeter orbitatem, fuissent etiam in coelibatu, prorsus excludebantur (7). Bona derelicta in alios heredes vel legatarios filios legitimos habentes transibant; secus Fisco tamquam caduca cedebant (8).

b) ingenuae cum tribus liberis, libertae cum quatuor a tutela excusabantur, et testamentum sine tutoris auctoritate faciebant (9).

c) liberti, libertae ex domini consensu matrimonium contrahentes, duosque vel tres filios habentes, vel etiam unicum quinquennem, ab operum et munerum praestatione liberabantur (10).

d) tres superstites liberos Romae, vel quatuor in Italia, vel quinque in provinciis habentes non tenebantur muneribus publicis personalibus (11), sed solummodo praestationibus patrimonialibus et mixtis (12).

e) consul maiorem filiorum numerum habens coeteris praeibat in fascibus sumendis et in iudicandi munere. Si aequalis numeri duo essent, praeibat is, qui maritus vel in maritorum numero (13); si ambo mariti vel in maritorum numero, tunc senior praevalebat (14).

(3) De tribus hisce senatusconsultis cf. Ulp. XVI, 3, 4.

(4) S. C. Memmianum impediebat quominus per adoptiones simulatas leges eluderentur.

(5) Qui non habebat filios, licet uxoratus, *orbus* appellabatur; filii autem secundum leges Iuliam et Papiam quaesiti censebantur (Cf. Coll. XVI, 3, 4; Frag. Vat. 168). Generatim ad favores legales sufficiens erat unicus filius, si tempore adquisitionis esset inter vivos (ll. 148; 149, L, 16); ad quosdam peculiares favores requirebantur etiam plures.

(6) Gai. II, 111, 286^a.

(7) Gai. II, 111, 144, 286; Ulp. XVII, 1; XXIII, 3. — Ab incapacitate eximebantur plus minusve quaedam personae, nempe cognati usque ad sextum gradum; imo et *natus* ex sobrino vel sobrina, et per interpretationem etiam *nata*. Item quidam affines, praesertim coniuges. (Ulp. XV; XVI; Frag. Vat. 216, 218, 294).

(8) Gai. II, 286 a; Ulp. XVII, 2.

(9) Gai. I, 145, 194; III, 44; Ulp. XXIX, 2, 3.

(10) Exceptis iis, qui ludicram vel gladiatoriam artem exercerent (ll. 37; 48, XXXVIII, 1; l. 2 C. VI. 6).

(11) Frag. Vat. 168, 191, 247; pr. i., I, 25; l. 1 C. V., 66. Cf. l. 1, 3, L, 5.

(12) l. 6, 4, L. 5; ll. 10 pr.; 11, L. 5.

(13) Scilicet saltem desponsatus. Cf. lex Malac. C. 56 penes Bruns p. 143. Ut sponsalia vim haberent a poenis liberandi, oportebat quod matrimonium intra biennium contrahi posset (Dio LIV, 16; Svet. *Oct.*, 34. De re cf. Cuiac. *Obs.* XVI, 35).

(14) Frag. Vat. 198. Cf. Gell. II, 15. — Bello amissi filii proderant simili modo (Frag. Vat. cit.; l. 18, XXVII, 1).

f) demum pro honore et dignitate assequendis, quibus certa requirebatur aetas, quisque filius pro singulo deficiente anno computabatur (15).

IV — *Poena coelibatus* — Poena coelibatus erat absoluta incapacitas capiendi causa mortis (16). Coelebs erat ille, qui neque maritus neque maritorum numero computabatur (17). Matrimonium debebat esse validum (18); proinde concubinatus non excusabat (19), neque excusabat matrimonium praecedens (20).

Quum leges Iulia et Papia necessitatem non imponerent matrimonii masculis sexagenariis et feminis quinquagenariis, nec ultra hanc aetatem poenam comminarent, fraudibus locus patuit; quibus praecavendis latum fuit SC. Persicianum (21). — Ex altera parte SC. Claudianum leges mitigavit statuens quod si maior sexagenario minorem quinquagenaria duxerit, perinde haberetur ac si minor sexaginta annorum duxisset. Casum contrarium, licet admittere jurisprudentia pertentaverit, prohibuit SC. Calvisianum statuens non proficere maiori quinquagenaria si minori sexagenario nupserit (22).

SECTIO SECUNDA – DE RELATIONIBUS PATRIMONIALIBUS

CAPUT I.

DE DOTIS NOTIONE ET SPECIEBUS.

§. 48. *Praenotanda.*

I — In doctrina dotis penes Romanos duplex prae oculis temporum divisio haberi debet.

Prima divisio pertinet ad tempus, in quo dos nondum erat, neque concipi poterat; nec non ad tempus, in quo dos introducta est. Ius vetus romanorum obstabat dotis instituto. Quum enim tunc vigeret matrimonium solemne, in quo uxor conveniebat in manum mariti,

(15) l. 2, IV, 4. Cf. Plin. *Ep.* VII, 16; Tac. *Ann.* XV, 19.

(16) Gai. II, 111, 286; Ulp. XVI, 1, 3, 4; XVII, 1; XXII, 3 — Consule Tac. *Ann.* III, 28.

(17) Lec. Malac. C. 56 penes Bruns p. 149.

(18) Ulp. XVI, 2.

(19) An autem saltem partialiter excusaret dubium faciunt verba Quint. *Inst.* VIII, 5, 19: « Placet hoc ergo, o leges diligentissimae pudoris custodes, decimas uxoribus dari, quarta meretricibus? »

(20) Coelibes tamen habentes filios an partialiter excusarentur pariter dubitari potest ex l. c. legis Malac.

(21) Ulp. XVI, 3. Quod dein Claudius sustulit. Cf. Svet. *Claud.* 23.

(22) Ulp. l. c. Cf. quoque l. 12 C. VI, 58.

si forte aliquid ante matrimonium in dominio fuisset mulieris, hoc necessario cedebat patrimonio viri. Institutum dotis consistere non poterat.

At, introductis matrimoniis liberis, in moribus dotis iustitutum apparuit. Uxor independens erat a familia mariti; etiam relationes patrimoniales non immutabantur, et ipsa domina rerum suarum perseverabat. Unde fieri potuit, ut mores institutum huiusmodi induxerint.

II — Altera divisio pertinet ad tempus, in quo dos, quam mores regebant, ad ordinem privatum pertinebat; nec non ad tempus, in quo auctoritas publica ipsam regere coepit, et sic ad ordinem publicum pertinuit.

Ut autem dos tamquam institutum juridicum appareret contulit imprimis ratio matrimonia fovendi, quae fere odio habebantur. Sed dein accessit alia ratio, quae fundamentum juris dotalis constituit, nempe quod dos inservire deberet pro oneribus matrimoniis sustinendis.

§. 49. *Notio.*

I — Dos erat quidquid uxor aut alter eius nomine marito dabat vel promittebat ad sustinenda onera matrimonii (1).

Ex hac definitione eruitur tria ad dotis notionem constituendam esse requisita:

1. quod dos vel directe vel indirecte ab uxore procedat, adeo ut augmentum patrimonii viri semper media uxore fiat (2).
2. quod detur marito, vel illi, in cuius potestate maritus sit (3).
3. quod inserviat oneribus matrimonii sustinendis (4).

II — Ex hac pariter definitione, et praecise ex tertio requisito eruitur naturam dotis esse onerosam. Adeo verum est, quod maritus in jure assimilis sit emptori (5). Quare non potest admitti quod habeat causam lucrativam; donationis regulae prorsus applicari non possunt doti (6). Nisi forte tamquam donatio accipiatur in extraneo,

(1) ll. 7, pr; 76, XXIII,3; l. 211, XXIV, 1; l. 16, XLIX, 17; l. 20, C. V. 12.

(2) ll. 5; 9; 29; 43, 1; 44 pr., XXIII, 3 et alibi passim; cf. l. 6, pr. XII, 4.

(3) ll. 20, 2; 46; 51 pr, X, 2; l. I, 9, XXXIII, 4.

(4) l. 46, X, 2; l. 8, 13, XX, 6; ll. 56, I; 76, XXIII, 3; l. 11, XXIII, 4; l. 16, XLIX. 17; l. 20 C. V, 12.

(5) l. 8, 13, XX, 6; l. 19, XLIV, 7. Cf. l. 47 pr., XVII, 1; l. 21, XXIV, 1.

(6) l. 9, I, XII, 4; l. 84, XXIII, 3; l. 41, pr. XLII, 1; ll. 4, 21; 5, 5, XLIV, 4; l. 19, XLIV, 7; ll. 19; 20 C. V, 3; l. 31, pr, C. V, 12. Cf, l. 69, 6, XXIII, 3; l. 14 C. XXIII, 3. Affertur l. 9, 1, XXIII, 3, ubi dos veluti donatio traducitur; at verbum *donatio* (nisi potius sit legendum *dotis datio*) sensu improprio accipiendum est.

qui nullo obligationis vinculo adstrictus, dotem pro muliere praestitisset (7); quo in casu evidenter donationis natura ponenda est totaliter extra institutum dotis, quia relate ad maritum, quando dos transiit ad ipsum, iam naturam donationis amisit.

§. 50. *Species.*

I — Dos multipliciter dividebatur: vel erat voluntaria aut necessaria — vel profectitia aut adventitia — vel receptitia aut non receptitia — vel aestimata aut non aestimata — vel certa aut incerta.

II — *Voluntaria, necessaria.* — De hac divisione melius redibit sermo inferius quando de iis, a quibus constituitur dos, agetur.

III — *Profectitia, adventitia.* — 1⁰: Profectitia erat, quae a patre avoque paterno mulieris proficiscebatur (1).

Tres conditiones requirebat dos profectitia:

a) quod a patre avoque paterno constitueretur. Neque opus erat, ut filia in eorum potestate esset, quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam faciebat (2).

b) quod parens tamquam parens dotem constitueret (3). Quare non erat profectitia, si tamquam fideiussor solvisset (4); vel tamquam heres extranei, qui dotem promisisset (5); vel nomine alterius (6); vel solvisset quod donatum acceperat ad dotem pro filia constituendam (7).

c) quod ex bonis paternis proficisceretur, adeo ut per dotem deminutio paterni patrimonii haberetur (8).

Unde nulla dos profectitia, si, ut dos constitueretur, lucrum adquirere omisit; non enim deminutio haberetur, sed cessatio augmenti patrimonialis (9).

Attamen non requirebatur quod materialiter ex bonis paternis proficisceretur; sufficiebat quod de eius facto quid ad filiam dotis nomine perveniret; sic si fideiussorem aut reum dedisset, vel fundum bona fide possessum, vel nummos alienos, qui dein consumarentur. In omnibus hisce casibus pater efficiebat ut filia dotem haberet, veluti si de suo erogasset (10).

(7) Revera in hoc sensu cf. ll. 33; 43, 1, XXIII, 3; l. 20 C. V, 3; l. 31 pr. C. V, 12: l. un.. 13 C. V. 13.

(1) Ulp. VI, 3; l. 5 pr. XXIII, 3. Profectitia proprie, quia ab iis proficiscebatur ad quos generatim reverti debebat.

(2) Ulp. l. c.; l. 5 pr., 11 ib.

(3) ll. 5 pr., 1; 6 pr. ib.

(4) l. 5, 6 ib.

(5) l. 5, 14 ib.

(6) l. 5, 1, 8 ib.

(7) l. 5, 9 ib.

(8) ll. 5, 7; 6, 1 ib.

(9) l. 5, 5 ib.

(10) ll. 5, 7; 6, 1 ib.

2⁰: Adventitia dos erat illa, quae ab extranea persona, praeterquam a parentibus praedictis, imo et ab ipsis parentibus sed nomine alterius proficiscebatur (11).

IV. — *Receptitia, non receptitia* — 1⁰: Receptitia dos erat, quam constituens sibi aut alteri reddi stipulabatur matrimonio soluto; sive dos adventitia (12), sive profectitia fuisset (13).

2⁰: Non receptitia, cui nulla addita esset de dote reddenda stipulatio.

V — *Aestimata, non aestimata* — 1⁰: Aestimata erat illa, quae cum in pecunia non consisteret, ad pecuniam reducebatur. Cuius reductionis causa triplex esse poterat:

a) taxationis causa, ut scilicet constaret simpliciter de valore rerum dotalium, ne dein in casu restitutionis litigiis pateret locus. Revera in hoc casu maritus diligentior requirebatur (14), et si culpabiliter res amisisset, valorem aestimatum reddebat (15).

b) venditionis causa, ut scilicet maritus fieret emptor rerum dotalium et dos constitueretur in pretio aestimationis (16). Obiectum proinde dotis permutabatur (17).

c) venditionis causa, sed pacto adiecto ut in casu restitutionis sive res dotales sive earum pretium aestimationis exigi possint. Obligatio proinde alternativa fiebat (18).

In dubio praesumebatur venditionis causa dotem aestimatam fuisse (19).

2⁰: Non aestimata dos illa erat, quae ad pecuniam non reducebatur.

VI — *Certa, incerta.* — 1⁰: Certa erat dos, cuius obiectum erat certum sive absolute (20), sive relative (21).

2⁰: Incerta, cuius obiectum relinquebatur arbitrio boni viri. Ceterum criterium huius arbitrii difficile haud erat, quia petebatur ex conditione sociali ac patrimoniali constituentis dotem, et a moribus praesumebatur (22).

(11) Ulp. vi, 3; l. 5, 6, 14 ib. Ergo et a matre, et ab ipsa sponsa. Adventitia, quia generatim non revertebatur unde profecta erat.
(12) Ulp. vi, 5; l. un. C. v, 13.
(13) ll. 9; 10; 23, xxiii, 4; l. 29, xxiv, 3; l. 6 C. v, 12.
(14) Cf. l. 52, 3, xvii, 2.
(15) l. 69, 7, xxiii, 3; l. 50, xxiv, 3; l. 21 C. v, 12.
(16) ll. 10, 5; 14; 15, xxiii, 3; ll. 1; 10 C. v. 12; l. un., 9 C. v, 13.
(17) Cf. l. 10 C. v, 12; l. un., 9 C. cit.
(18) Frag. Vat. 114; ll. 10, 6; 11, xxiii, 3; l. 11, xxiii, 5; l. 1 C v, 23.
(19) ll. 10, 5; 14-16; 18, xxiii, 3; ll. 1; 10 C. v, 12; l. un., 9 C. v, 13.
(20) ll. 48 pr.; 49; 79, xxiii, 3; ll. 21; 30, xxiii, 4.
(21) l. 45, 1, xxiii, 3; l. 32, xxiv, 3. Cf. ll. 41, 3; 59, 1 xxiii, 3.
(22) ll. 60; 69, 4, 5, xxiii, 3; l. 43, xxxii; l. 3 C. v, 11. Cf. quoque l. 1 C. ib.

CAPUT II.

DE CONSTITUTIONE DOTIS.

§. 51. *Requisita.*

I — Tria requirebantur ad rectam dotis constitutionem: scilicet quod matrimonium esset validum — quod obiectum esset idoneum — quod modus esset juridicus.

De obiecto agemus in paragrapho speciali (1).

II — *Matrimonium validum* — Matrimonium si non fuisset rite contractum, dos nulla erat, et res poterant condici per condictionem causa data causa non secuta (2). Et hoc verum erat, quamvis bona fide contraheretur matrimonium per se invalidum (3). Quod si dos ante matrimonium praenumerata fuisset, et impossibile dein ipsum evasisset, res poterant pariter condici per condictionem sine causa (4).

III — *Modus juridicus* — Dos non praesumebatur, nisi actu juridico expresso et formali constitueretur (5).

Hic actus duplici modo intercedere poterat. Vel enim ipso facto dos constituebatur, et tunc habebatur *dotis datio*. Vel simplici voluntatis declaratione, et quidem aut inter vivos, et tunc habebantur *dotis dictio* et *dotis promissio*; aut causa mortis, (6) et tunc habebatur *legatum dotis constituendae causa.*

a) *Dotis datio* — Tunc locum habebat, cum res dotales statim in patrimonium mariti inferebantur (7). Consequitur modum, quo haec illatio fiebat, diversum fuisse pro diversitate rerum inferendarum. Ideoque si ageretur de rebus corporalibus transferendis necessaria erat mancipatio aut in iure cessio, aut traditio (8); si de aliis juribus in re, ut ususfructu, servitute etc., diversi adhibebantur modi, quibus iura huiusmodi constituebantur aut transferebantur; si de nominibus transferendis, delegatio aut cessio; (9) si de debitis marito restituendis, acceptilatio vel pactum de non petendo (10).

(1) Cf. infra parag. 53 — Etiam aliud requisitum adiiciendum esset, nempe ut constitueretur ab eo qui solvendo erat; si constitutio facta fuisset in fraudem creditorum, poterat rescindi (ll. 10, 14; 14; 25, XLII, 8). Ceterum cf. parag. sequentem 52 de subiecto.

(2) l. 6, XII, 4; l. 10, XXIII, 1; ll. 7, 3; 8; 9 pr. XXIII, 3; l. 1 C. IV, 6.

(3) l. 59, 2, XXIII, 3; l. 44, XLI, 9.

(4) Cf. l. 5, XII, 7; ll. 39; 59, 2, XXIII, 3: l. 7 C. V, 6.

(5) Cf. l. 9, 2, 3, XXIII, 3.

(6) Ulp. VI, 1; l. 48, 1, XXIII, 3; l. 71, 3, XXXV. Cf. Ulp. XI, 20.

(7) l. 41, XXIV, 3; l. 1 C. V, 15.

(8) Gai. II, 63; l. 9, XXIII, 3.

(9) l. 49, XXIV, 3; l. 2 C. IV, 10.

(10) l. 10, XII, 4; ll. 12, 2; 41, 2; 43, 1, XXIII, 3.

Ceterum attendi debet, ne dotis datio confundatur cum numeratione dotis, quae proprie non constituebat dotem, sed erat solutio dotis promissae.

b) *Dotis promissio* — Tunc locum habebat, cum dos stipularetur (11) vel a constituente vel ab alio eius nomine (12), sive absolute, sive sub conditione (13).

c) *Dotis dictio* — Tunc locum habebat, cum dos sub quadam formula solemni promittebatur (14). Quae quidem dictio a promissione dotis differebat, tum quia non omnibus liceret dotem dicere, sed tantum ascendentibus paternis mulieris, vel ipsi mulieri, vel debitori eiusdem ex jussu ipsius (15); tum quia per quamdam solemnem promissionem nulla praecedenti interrogatione fieret (16).

Dotis promissio per stipulationem et dotis dictio saltem inutiles evaserunt in posteriori legislatione, quando nempe Theodosius et Valentinianus ad exactionem dotis qualiacumque sufficere verba decreverunt (17).

d) *Legatum dotis constituendae causa* — Tunc locum habebat, cum marito dotis causa aliquid legaretur (18). Quaestio erat inter ICC. num in hoc casu proprie maritus legatarius esset an legataria mulier (19).

§. 52. *Subiectum.*

I — Principium generale erat quod omnes capaces contrahendi et se obligandi dotem constituere possent (1). Dos ergo voluntaria erat, et certissime talis remansit, si sermo est de extraneis, qui nullam prorsus obbligationem nec habebant, nec habere per se poterant ad dotandam mulierem (2). At quoad personas vinculo sanguinis cum

(11) l. 48 pr; XXIII, 3; l. 108, XLV, 1.

(12) ll. 36; 41, 4; 45, 1, XXIII, 3; l. 41 pr. XLII, 1.

(13) ll. 76; 79, 1, XXIII, 3; ll. 17; 19, XXIII, 4; l. 108, XLV, 1; l. 125, L, 16.

(14) Videtur matrimonium praecessisse (ll. 45 pr.; 77, XXIII, 3. Cf. Frag. Vat. 110; l. 125, L. 16 — Plaut. *Aulul.* II, 2 v. 196; Terent. *Andr.* V, 4, 47). Exempla formulae solemnis, praeter ll. cc., vide in ll. 25; 46, 1; 57, XXIII, 3.

(15) Gai. Ep. II, 9, 3; Ulp. VI, 2; XI, 20; l. 41, XXIII, 3.

(16) Quare dum in stipulatione interrogatio est pars principalior, in dictione e converso pars principalior est promissio, quam sequebatur utique acceptatio ex altera parte.

(17) l. 6 C. V, 11; l. 4 C. Th. III, 13. Exinde simplex pollicitatio dotis constituebat pactum legitimum, ex quo condictio ex lege nascebatur favore mariti.

(18) Formulae legati constituendae dotis causa exhibentur in l. 48, 1, XXIII, 3; l. 71, 3, XXXV, 1.

(19) Favore primae sententiae cf. l. 48, 1, XXIII, 3; favore alterius, l. 69, 2, XXX; media sententia in l. 71, 3, XXXV, 1.

(1) l. 41, pr. XXIII, 3.

(2) Admittebatur obligatio in clientibus erga proprii patroni filias tempore reipublicae (Dion. II, 10). Sed non est certum an fuerit vera obligatio juridica.

muliere coniunctas paullatim eo legislatio pervenit, ut officium penes easdem admiserit dotis constituendae; quo in casu dos necessaria evasit.

II — a) *Ascendentes paterni* — Ex lege Iulia de maritandis ordinibus pater avusque paternus filiam dotare cogebantur (3). Quae quidem obligatio etiam ad filiam emancipatam extendebatur, quandocumque ipsa aut nihil aut parum de suo habuerit (4); paternum siquidem officium est filiam dotare. Imo, licet disputatum esset, fuit dein admissum quod si pater promisisset dotem pro filia, cui erant alia bona, de bonis sui constituisse videretur, nisi penitus inopia laborasset vel aliter declarasset (5).

b) *Mater* — Matri quoque imposita fuit obligatio dotandi, sed tantummodo ex magna et probabili causa vel lege (6). Quoad magnam et probabilem causam: communiter admittitur extitisse quando filia inops eiusque parentes paterni similiter inopes vel mortui fuissent. Quoad legem: mater haeretica debebat filiam orthodoxam dotare (7).

c) *Frater* — Non est certum, num frater quoque ad dotandam sororem teneretur. Si quae obligatio extitisset, non ultra sororem germanam et consanguineam procedebat (8), neque vim vere juridicam sed moralem tantummodo continebat (9).

d) *Mulier* — Pariter non est certum, num mulier in defectu omnium supradictorum, qui tenerentur ipsam dotare, civiliter obligaretur ad dotem praestandam de bonis suis (10).

§. 53. *Obiectum.*

I — Obiectum dotis idoneum esse debebat. Idoneum intelligebatur, si patrimonium mariti auxisset vel eius patrisfamilias. Proinde precarium non fuisset idoneum obiectum, quia in eo augmentum patrimonii non habebatur. Quod pariter dicendum de commodato et de iure pignoris.

II — Dos constitui poterat :

(3) l. 19, XXIII, 2.
(4) l. 19 cit.; l. 6, XXXVII, 6; l. 7 C. V, 11.
(5) l. 7 C. cit.
(6) l. 14 C. V, 12.
(7) Cf. l. 19, 1 C. I, 5.
(8) l. 12, 3, XXVI, 7.
(9) Plaut. *Trin.* III, 1, v. 579; 2, v. 658; 3 v. 697 seq.
(10) Pro affirmativa affertur l. 9 C. V, 31; pro negativa, l. 32, 2, XII, 6.

a) in rebus corporalibus sive mobilibus, sive immobilibus (1). Neque necesse erat ut essent fructiferae (2). Poterat etiam constitui in nuda possessione (3).

b) in rebus incorporalibus. Et imprimis jus dominii (4) et quaecumque alia jura in re (5); item nomina (6); item jus haereditatis iam delatae vel legati (7).

c) in universitate bonorum (8). Quo in casu verius est tantum praesentia, non etiam futura comprehendi, cum talis constitutio ex praesenti vires acciperet (9), et omnium bonorum mentio facta intelligeretur, ne res singulae enumerarentur, non ut nondum quaesitae comprehenderentur.

III — Res in dotem datae poterant esse etiam alienae (10). Item jus in dote constituta non erat necessarium ut esset perpetuum; etiam temporaneum constitui poterat (11).

§. 54. *Effectus (quoad constituentem).*

I — Effectus dotis constitutae considerari potest vel quoad constituentem dotem, vel quoad coniuges.

Quoad constituentem rursus considerari potest tum in obligatione dotis numerandae, tum in obligatione evictionem praestandi.

II — *Dotis numeratio* — Quum dos consistere posset sive in rebus fungibilibus sive in rebus non fungibilibus, diversimode se habebat solutio seu muneratio dotis.

a) In rebus fungibilibus iure veteri mos erat ut promittens annua, bima, trima die dotem praestaret (1). Iustinianus mutavit, ita ut statim secutis nuptiis maritus dotem promissam exigere potuisset (2).

b) In rebus non fungibilibus solutio statim vel saltem infra annum fieri debebat (3). Annus autem erat annus ciclicus decem mensium (4).

(1) Gai. II, 63; l. 7, 3, XXIII, 3.

(2) Nuda proprietas obiectum erat idoneum (l. 4, XXIII, 3; ll. 17; 18 C. V, 12 — Cf. quoque l. 34, XXIII, 3).

(3) l. 12 pr. VI, 2; l. 6, 1, XXIII, 3.

(4) l. 47, 6, XV, 1; l. 7, 3, XXIII, 3.

(5) ll. 7, 2; 66; 78, 2, XXIII, 3; l. 57, XXIV, 3. Excipiendum, ut diximus, jus pignoris.

(6) l. 10, XII, 4; ll. 12, 2; 20; 21; 36; 37; 41, 1, 2; 43; 48 pr.; 56 pr.; 58, 1; 68; 69, 1; 78, 5; 80; 83, XXIII, 3; l. 2 C. V, 10.

(7) l. 13, 10, V, 3; l. 5, 5, XXIII, 3; l. 14, 3, XXIII, 5.

(8) Frag. Vat. 115; l. 9, 1, IV, 4; l. 72, XXIII, 3; l. un. C. II, 34; l. 4 C. V, 12.

(9) Arg. l. 7, XXXIV. 2; l. 9 C. VIII, 17.

(10) ll. 6, 1; 16, XXIII, 3.

(11) l. 10 pr. ib.

(1) Ulp. VI, 8. Cf. l. 1, 2, XXXIII, 4; l. un., 7 C. V, 13.

(2) l. 31, 2 C. V, 12.

(3) Ulp. VI, 8; Cf. l. 1, 2, XXIII, 4.

(4) Consule Polyb. XXXII, 13; Cic. *ad Att.* XI, 2, 2; 4, 2; 25, 3.

Si post biennium a contracto matrimonio dos promissa adhuc soluta non esset, poena constituta erat propter moram. Dos in pecunia aut rebus aestimatis consistens secumferebat onus praestandi usuras trientes; si in rebus fructiferis, praestandi fructus naturales vel civiles; si demum in aliis rebus, ea omnia praestandi, quae leges post litem contestatam in hisce casibus definiunt (5).

In securitatem solutionis idem imperator Iustinianus tacitam hypothecam in bonis promittentis concessit marito (6).

Attamen constituens beneficio competentiae gaudebat. Uxor quidem absque limitatione; ascendentes vero paterni solummodo constante matrimonio (7), nisi dolo malo dotem magnam ad filiam nubendam promiserint scientes se solvendo impares futuros (8). An autem etiam extraneus, Ulpianus affirmavit (9); sed eius sententia non videtur adprobata.

III — *Evictionis praestatio* — Constituens tenebatur ad rerum dotalium dominium in maritum transferendum, ita ut in casu contrario evictionem praestaret (10). Quod si ageretur de nominibus, constituens voluntarius non tenebatur nisi de nomine vero (11) et non de nomine bono, nisi expresse vel tacite de hoc conventum fuisset (12).

Iamvero non in omni specie dotis haec obligatio praestandi evictionem procedebat.

a) In dote aestimata certum est evictionem fuisse praestandam; nam maritus ut emptor habebatur, et proinde in casu evictionis maritus convenire poterat constituentem aut actione empti aut actione duplae, quae ex stipulatione duplae proficiscebatur (13).

b) In dote inaestimata promissa, pariter non est dubium quin constituens obligaretur ad evictionem praestandam; sese enim ipse obbligaverat ad transferendum dominium in maritum, cui obbligationi, re evicta, satisfecisse non erat dicendus. Unde maritus instituere poterat actionem, quae promissioni (stipulationi vel dictioni) respondebat (14).

c) In dote data dubium est, num teneretur ad evictionem (15). Communiter negatur, quia constituens dando dotem nullam per se

(5) l. 31, 2, C. v, 12.
(6) l. un., 1 C. v, 13.
(7) ll. 33; 84, xxiii, 3; ll. 17 pr., 1; 32, xxiv, 3; ll. 21; 22 pr. xlii, 1.
(8) Cf. l. 84, xxiii, 3.
(9) l. 33 ib.
(10) Quae obligatio tunc fortasse orta est, quum dotis officium consideratum fuit in ferendis oneribus matrimonii. Antea dos naturam potius lucrativam habebat.
(11) l. 9, 1 xii, 4; l. 78, 5, xxiii, 3.
(12) l. 5, 3, xxiii, 3.
(13) Frag. Vat. 105; l. 16; 52, xxiii, 3; l. 1 C. v, 12.
(14) l. 23, xxi, 2; l. 98 pr. xlvi, 3; l. 1 C. v, 12.
(15) Qui affirmant, animadvertunt in datione implicite contineri obbligationem transferendi dominii.

obbligationem assumebat, sed simpliciter declarabat res, quas tradebat, dotis obiectum fuisse. Nisi vel in dolo versaretur (16), vel se expresse obligaret (17).

§. 55 *Effectus (quoad maritum).*

I — Effectus quoad coniuges, alii erant qui respiciebant maritum, et alii qui respiciebant uxorem. Utriusque intererat dotem in matrimonio habere et servare, et respectu utriusque reipublicae pariter intererat dotes salvas esse.

II — Dos, constante matrimonio, in bonis mariti erat (1). Modus autem quo in bonis erat mariti, diversus esse poterat pro diversitate rationis adhibitae in constitutione, et pro diversitate obiecti. Si dos promissa fuisset, maritus efficiebatur creditor: si res dotales cessae fuissent, maritus erat cessionarius, et ita porro.

Iamvero hic quaestio exurgit penes quem esset dominium rerum corporalium marito traditarum constante matrimonio, num scilicet penes virum an penes mulierem. Quidquid sit de hac quaestione, apud omnes constat quod facultas mariti in hisce rebus limitibus circumscripta erat. Maritus dotem servare debebat, tum positive diligentiam adhibendo, tum negative alienationem vitando.

III. — *Diligentia* — Maritus, si dominium habuisset, potius dicendus esset custos dotis quam eiusdem perfectus dispositor. In administratione rerum dotalium eam diligentiam adhibere debebat, qualem in rebus suis afferre solitus erat (2). Imo interdum tenebatur etiam de casu fortuito, nempe si res dotales aestimatae fuissent venditionis causa (3), vel res essent fungibiles (4) vel credita generis seu quantitatis (5).

IV — *Alienationis prohibitio* — Ex lege Iulia *de fundo dotali* inductum erat, ut maritus fundum dotalem alienare non posset (6). Quid nomine alienationis, quid fundi dotalis veniret, videndum.

(16) l. 1 C. v, 12.

(17) ll. 52; 75, xxiii, 3.

(1) Dominium penes maritum erat veluti dominium cum pacto fiduciae amico traditum in securitatem sui, vel creditori traditum in securitatem crediti. Cf. hac de re Gai. ii, 60; l. 18 pr. xiii, 6.

(2) Stricto jure tenebatur maritus, juxta principia, ad omnem culpam (Frag. Vat. 101; Coll. x, 2, 2; l. 5, 2, xiii, 6; ll. 17 pr.; 72, 1, xxiii, 3; ll. 18, 1; 24, 5; 25, 1; 66 pr.; 67, xxiv, 3. Cf. ll. 33; 49, xxiii, 3; l. 16, xxiii, 5); attamen excusabatur si probasset adhibuisse diligentiam suam communem (l. 17 pr., xxiii, 3; l. 24, 5, xxiv, 3; l. 23, L, 17).

(3) l. 10 pr. xxiii, 3; l. 51, xxiv, 3.

(4) ll. 10 pr.; 42, xxiii, 3.

(5) ll. 41, 3; 53 xxiii, 3; l. 6, xxiii, 4.

(6) Gai. ii, 63 Paul. ii, 21b, 2; pr. i. ii, 8; ll. 4; 16, xxiii, 5 — Quae quidem prohibitio non solum constante matrimonio ex vi legis Iuliae, sed dein et ad initium constitutionis dotis, licet adhuc matrimonium contractum haud fuisset, extensa est (l. 4, xxiii, 5; l. 5 C. vi, 61); et usque ad restitutionem dotis post matrimonium solutum (l. 12 pr. xxiii, 5).

1° Alienatio stricte sumpta significabat dominii translationem; late sumpta, dominii deminutionem.

Alienatio proprie dicta ex lege Iulia certissime prohibita fuit (7). Quoad alienationem improprie dictam ope jurisprudentiae posteriori effectum est, ut in prohibitione quoque contineretur. Unde maritus nec servitutem praedio imponere poterat, nec impositam remittere aut per non exercitium amittere (8). Item usucapio in praedio dotali non admittebatur (9); antea coepta usucapio interpellari tamen non poterat, ideoque marito imputabatur si fundum petere neglexisset, nisi forte paucissimi dies defuissent ad eam complendam, quo casu maritus venia dignus erat (10). Quoad hypothecam lex Iulia etiam consentiente muliere imponi a marito prohibebat (11).

Hanc fundi dotalis alienationem lex Iulia prohibuerat invita uxore; nam si uxor consensisset (praeter hypothecam), tunc alienatio valebat. Iustinianus mutavit jus, et statuit non solum hypothecam, sed et omnem aliam quamcumque alienationem invalidam esse etiam muliere consentiente (12).

Alienatio contra legem facta nulla prorsus erat (13), et soluto matrimonio poterat uxor vel eius haeredes vindicare (14). Neqne per ratihabitionem mulieris convalidari poterat, nisi quid aliud in solutum recepisset (15).

Prohibitio alienationis cessabat :

a) in jure antejustinianeo, uti diximus, si uxor eidem consensisset (16).

b) in dote venditionis causa aestimata (17).

c) in alienatione per universitatem bonorum mariti. Tunc tamen in successorem praedia dotalia cum onere prohibitionis alienandi transibant (18).

d) in alienationibus ex causis necessariis (19).

e) in casu quo, muliere defuncta in matrimonio, praedium dotale cederet lucro vel mariti vel alterius praeter uxorem aut eius haeredes (20).

(7) Cf. l. 1 C. v, 23.
(8) ll. 5; 6, xxiii, 5.
(9) l. 16 ib. Cf. l. 28, l, 16.
(10) l. c.
(11) l. un., 15 C. v, 13. Cf. l. 4, xxiii, 5 — At quaestio hic habetur, num revera lex Iulia hypothecam imponi fundo dotali prohibuerit.
(12) l. un., 15 C. cit.; pr. i. ii, 8.
(13) l. 42, xli, 3.
(14) Cf. l. 13, 3, 4, xxiii, 5; l. 77, 5, xxxi. Quaestio est num maritus posset constante matrimonio vindicare fundum alienatum (Cf. ll. 1, 5; 17, xxi, 3).
(15) l. 13, 4, xxiii, 5; l. 77, 5, xxxi.
(16) Gai. ii, 63; Paul. ii, 21b, 2. Praeter hypothecam.
(17) l. 11, xxiii, 5; l. 1 C. v, 23.
(18) ll. 1, 1; 2 pr. xxiii, 5.
(19) l. 78, 4, xxiii, 3; l. 1 pr. xxiii, 5; l. 2 C. v, 23.
(20) ll. 3, 1; 17, xxiii, 5.

f) si dos fuisset permutata (21).

2° Fundi (22) dotalis nomine veniebat praedium tam rusticum quam urbanum; res ergo mobiles, quamvis praetiosae in probibitionem haud incidebant (23). Iure veteri ad praedia italica solummodo lex extendebatur (24); jure justinianeo etiam ad provincialia (25).

Qualitas dotalis non tantummodo in fundo tradito in ipsa dotis constitutione, sed et in eo cousistere poterat, quod postea ad maritum ratione dotali pervenisset (26). Neque directa traditio marito necessaria erat, sed et indirecta (27). Quod si arbitrio mariti duplex fundus adesset, qui possent qualitatem dotalem recipere, ipse poterat eligere, et prohibitio respiciebat electionem factam (28).

§. 56. *Effectus (quoad uxorem).*

I — Etiam uxori, constante matrimonio, jura dotalia competebant. Nam, quidquid sit de illa quaestione quam superius memoravimus, num scilicet dominium dotis penes maritum potius quam penes uxorem remaneret, dubium esse nequit quin tum actualis utilitatis, tum futurae restitutionis intuitu dos matrimonio constante quodammodo proprium mulieris patrimonium dici posset.

II — Iura uxori competentia erant:

a) censebatur in possessione fundi dotalis veluti in societate cum marito (1).

b) adversus extraneum agere poterat, a quo fundum emisset, si dein evinceretur (2).

c) invigilabat, ut dos conservaretur et ad proprium finem adhiberetur. Quare etiam constante matrimonio dotem repetere poterat duplici in casu; nempe si maritus dotem dissiparet (3), vel si ad inopiam vergeret, ita ut solvendae doti minus idoneus appareret (4).

(21) Cf. ll. 12, 1; 18; 26; 27; 56, 3, XXIII, 3. Tunc enim fundus amittebat qualitatem dotalem. (De hoc tamen non omnes conveniunt).

(22) Quid nomine fundi veniat cf. l. 115, L, 16.

(23) Cf. l. 21, XL, 1.

(24) Quamvis quaestio esset etiam in jure veteri (Gai. II, 63). At admissum dein fuit quod lex Iulia praedia italica tantum respiceret, uti eruitur ex l. un., 15 C. V, 13.

(25) l. un., 15 C. cit.

(26) l. 3, XXIII, 5.

(27) l. 14, pr. ib.

(28) ll. 9, 1, 3; 10 ib.

(1) l. 15, 3, II, 8.

(2) l. 75, XXIII, 3. Paulus hanc actionem etiam patri mulieris concessit (l. 71, XXI, 2).

(3) l. 22, 8, XXIV, 3; l. 29 C. V, 12; Nov. 97 C. 6.

(4) l. 24 pr. XXIV, 3; ll. 29; 30 C. V, 12; Nov. 97 l. c.

Obtenta tamen dote non poterat uti nisi ad sui et familiae sustentationem (5).

III — Maritus dotem restituere non poterat — neque uxor, casibus allatis exceptis, exigere, — quia videretur species quaedam donationis factae coniugi, dum prorsus donatio inter coniuges interdicebatur (6). Quod si nihilominus id fecisset, soluto matrimonio dotem restituere debebat (7).

Hic tamen exceptiones quoque habebantur, ita ut constante matrimonio maritus sine damno dotem uxori restituere posset. Nempe, ut mulier aes alienum solveret; vel ut sese in absentia mariti suosque aleret; vel ut fundum idoneum emeret; vel ut parentibus propriis uxor consuleret seu a captivitate liberaret; vel ut egentem sustineret ipsum maritum (8).

CAPUT III.

DE PACTIS DOTALIBUS.

§. 57. *Notiones.*

I — Quemadmodum caeteris contractibus, ita et dotium constitutioni ut pacta adiici possent apud romanos invaluit. Hinc appellatio pactorum *dotalium*, sumpta ex causa seu potius occasione ipsa ineundi.

II — Pactum ergo dotale erat illud quod ad dotem pertinebat (1); et fieri poterat tum oraliter, tum in scriptis, tum etiam tacite, tum etiam quocumque tempore ante matrimonium solutum (2).

Iamvero distinguebantur pacta a pactis (3). Quaedam pro obiecto habebant aliquid, circa quod leges nihil disponebant, idque voluntati paciscentium relinquebatur. Alia versabantur circa aliquid, quod in iure statutum erat (4). In prioribus voluntas paciscentium servabatur iuxta principium quod in contrahendo voluntas contrahentium lex esse debet. In posterioribus voluntas paciscentium, quia legibus coarctabatur, non semper poterat servari.

III — Tota difficultas in eo praecise versabatur, ut dignosce-

(5) l. 73, l. XXIII, 3; l. 22, 8, XXIV, 3; l. 29 C. l. c.
(6) l. un. C. V, 19.
(7) Cf. l. c.
(8) l. 73, I, XXIII, 3; l. 20 XXIV, 3.
(1) l. 12, I, XXIII, 4.
(2) ll. 1 pr.; 7; 12, I, 28 ib.
(3) ll. 12 I; 26, 3 ib.
(4) Nempe vel ratione obiecti (pactum de dote permutanda: l. 21, XXIII, 4), vel ratione restitutionis dotis (pactum de dote reddenda: ll. 1, 1; 12, 1 ib.), et ita porro.

retur quandonam servanda et quandonam non servanda voluntas erat paciscentium. Qua in re principium generale statui potest: paciscentium voluntas non servabatur in iis pactis, quae dotis naturam substantialiter evertebant, aut dotis causam reddebant deteriorem, aut mulierem indotatam vel minus dotatam faciebant.

Quumque pacta non solum a coniuge, sed etiam ab alia persona extranea adiici possent, quoad utrumque consideranda sunt.

§. 58. *Coniuges.*

I — Prohibebantur pacta inter coniuges, quae erant contra jus; substantia dotis semper in tuto servari debebat (1). Item pacta quae erant contra aequitatem relate ad uxorem; necnon ea quae erant contra aequitatem relate ad maritum (2).

II — *Contra jus:*

a) nullum erat pactum ne retentio fieret expensarum necessariarum, quia dotem ipso jure minuebant (3).

b) nullum pactum ne tamquam dotale censeretur quod vere dotale erat e. g. accessio (4).

c) e converso quod dotale censeretur quod tale esse non poterat.

III — *Contra aequitatem relate ad uxorem:*

a) nullum erat pactum ne dos redderetur (5).

b) ut dos longiore die post dissolutum matrimonium restitueretur, quam legibus statutum esset (6).

c) ut dolus solummodo in dotem a marito praestaretur (7).

d) nullum pactum de lucranda dote soluto matrimonio, quandocumque solutio facta esset per mortem mariti et liberi extitissent; quia in hoc casu dos non poterat transire in haeredem mariti (8).

IV — *Contra aequitatem relate ad maritum:*

a) nullum erat pactum, ut fructus in dotem computarentur; quia fructus marito cedebant (9).

(1) l. 5, 1, 2, xxiii, 4.

(2) Generatim huiusmodi pacta omnia veluti contra bonos mores traducebantur (l. 5, 1, xxiii, 4; l. 14, 1, xxiv, 3).

(3) l. 5, 2, xxiii, 4.

(4) Cf. l. 10, i, xxiii, 3.

(5) ll. 12, l; 16 xxiii, 4.

(6) ll. 14 — 18 ib.

(7) l. 6 ib. — Multo magis, ne dolus praestaretur. E contra validum erat, ne praestaretur periculum.

(8) l. 2 ib.; l. 1, 1, xxxiii, 4; l. 3 C. v, 14. Sed validum pactum erat de lucranda dote liberis intervenientibus soluto matrimonio per mortem mulieris vel per divortium (Frag. Vat. 106; 150; ll. 2; 24, xxiii, 4; l. 48, xxiv, 3; l. 1, 1, xxxiii, 4).

(9) l. 4, xxiii, 4. Cf. l. 7 pr. xxiii, 3. Validum erat si de partiali restitutione actum esset (l. 31, xxiii, 4; cf. l. 28 ib.), vel etiam de totali, dummodo mulier viro praestaret, unde onera matrimonii sustinere posset (ll. 4; 12, 1, xxiii, 4);

b) ut in dote restituenda non veniret beneficium competentiae (10).

c) ne de moribus ageretur vel ob res amotas, vel propter liberos, vel ob res donatas (11).

Ex omnibus superius expositis eruitur quod dum cavebatur ne deterior mulieris conditio fieret, et pacta ad hunc finem infirmabantur (12), ita pariter cavebatur ne fieret deterior viri conditio.

§. 59. *Extranei.*

I — Dotalia pacta inire poterant non solum coniuges, sed quicumque dotem constituissent. Et quidem dupliciter: nempe vel ut jus uxoris immutaretur, vel ut jus uxoris quoad restitutionem dotis penitus excluderetur. Si primum, pactum adiectum iisdem limitibus subiacebat ac si ab uxore ipsa interpositum fuisset (1); si alterum, poterant utique constituentes pacisci ut matrimonio dissoluto dos sibi redderetur (2).

Pacta dotalia poterant considerari quoad extraneos sive in genere sive in specie, et quidem ut distinguerentur qui totaliter extranei erant (tertia persona, quae dotem constituisset) a parentibus.

II — *In genere:*

1⁰ extraneus sibi et haeredibus suis utique pacisci, at non poterat aliis, ne filiis quidem, nisi et ipsis ut haeredibus suis pacisceretur (3).

2⁰ si non de simplici extraneo, sed de parente ageretur, iterum distinguendum erat inter casum quo adesset vinculum sanguinis tantummodo, vel etiam vinculum patriae potestatis.

a) Vinculum sanguinis tantummodo. Pater non poterat stipulari dotem reddi filio emancipato (4). Uxor, si sui juris, pariter quod patri pactum prodesset efficere non poterat; neque matri liberisve suis (5).

b) Vinculum etiam patriae potestatis. Pater inutiliter dotem liberis suis, vivo se, reddi stipulabatur (6); nam proinde habebatur ac

(10) l. 14, 1, XXIV, 3.
(11) l. 5, pr., 1, XXIII, 4.
(12) Frag. Vat. 120; l. 48, 2, IV, 4; ll. 14; 17, XXIII, 4.
(1) Cf. l. 3 C. V, 14.
(2) l. 7, XXIII, 4.
(3) ll. 17, 4; 21, 2; 40, 3, II, 14. Iuxta principia juris romani alteri per alterum generatim actionem comparari non posse (par. 4 i., III, 19. Cf. l. 11, XLIV, 7; l. 73, 4, L, 17; l. 3 C. IV, 12; l. 6 C. IV, 50).
(4) ll. 19; 26 C. V, 12. Quarum legum species satis difficilis est.
(5) l. 26, 4, XXIII, 4; l. 4 C. V, 14.
(6) l. 21, 2, II, 14; l. 7, XXIII, 4. Iuxta principium l. 39, XLV, 1, in qua notandum est recolendas esse leges de peculiis filiorumfamilias.

si stipulatus sibi fuisset, cum in persona filii consistere stipulatio non posset (7). Attamen dein benignius valere receptum est stipulationem a patre factam favore liberorum, se mortuo, licet non ut heredibus stipulatus esset (8). Imo eo usque progressum est, ut etiam avus maternus, qui cum dotem nepti daret, stipulatus fuerat, si divortium sine mulieris culpa factum fuisset, dotem nepti aut sibi reddi, recte favore neptis stipulasse diceretur (9); quod et de nepotibus ex filia admissum fuit (10).

III — *In specie:*

1⁰ extraneus poterat etiam simplici pacto convenire, ut soluto matrimonio sibi dos redderetur (11). Ergo, si stipulationis formam adhibuisset, praesto ei erat actio ex stipulatu (12); si nullam, praesto ei erat actio praescriptis verbis (13). Ad pactum ante matrimonium ineundum non erat necessarius consensus mulieris (14); e contra si post dotis constitutionem (15).

2⁰ ascendens paternus poterat pacisci de dote profectitia pro casu quo uxor mortua esset in matrimonio, vel circa jus recuperandi ipsam (16), vel circa tempus restitutionis (17), vel circa obbligationem mariti de praestanda diligentia (18), vel circa jus retentionum ex parte mariti (19).

CAPUT IV.

DE RESTITUTIONE DOTIS.

§. 60. *Subiectum.*

I — Principium generale hac in re erat quod dos, cum nuptiarum causa constitueretur et essentialiter ad onera matrimonii ferenda ordinaretur, nuptiis dissolutis, talis esse desineret, et proinde quicumque eam recepisset, restituere deberet.

(7) l. 39 cit. — E contra filiusfamilias poterat adquirere patri, in cuius esset potestate (l. 17, 7 et seq. II, 14). Unde uxor poterat pacisci patri, in cuius erat potestate (l. 7, XXIII, 4).

(8) l. 9, XXIII, 4. Multo magis si stipulatus esset filiae nuptae, si in sua potestate fuisset; quia hic praeter coniunctionem personarum aderat et matrimonii favor.

(9) l. 45, XXIV, 3.

(10) l. 7 C. V, 14. Hac benigna concessione admissa, nonnulli auctores generaliter definiunt, pacta parentum utriusque sexus prodesse liberis omnibus, et abrogatas fuisse ll. 19; 26, V, 12, quas citavimus superius in nota 4.

(11) l. 20, 1, XXIII, 4.

(12) l. un., 13 C. V, 13.

(13) l. c.

(14) ll. 7; 20, 1, XXIII, 4; l. 29, XXIV, 3.

(15) ll. cc.

(16) ll. 12 pr.; 26 pr., 1, 2, XXIII, 4; l. 6 C. V, 14.

(17) l. 19 ib.

(18) l. 6 ib.

(19) l. 23 ib.

Unde generatim tenebatur maritus, si ipsi vel alteri eius jussu dos tradita fuisset (1). Si autem maritus filiusfamilias sub patria potestate constitutus fuisset, tunc tenebatur eius pater seu socer (2). His deficientibus, eorumdem haeredes restituere debebant, singuli pro parte haereditaria (3).

Iamvero quandonam huiusmodi obligatio adesset, constat ex iis quae de subiecto passivo restitutionis dicenda sunt.

II — Circa personas, quibus restitutio facienda erat, distingui debet dos receptitia a dote non receptitia.

1⁰ *Dos receptitia.* — Si dotem constituens stipulatus fuerit, soluto quomodocumque matrimonio, sibi eamdem restitui, conventio servanda erat; si stipulatus fuerit pro receptione partiali vel in uno casu tantummodo solutionis, pariter servabatur conventio. Voluntas contrahentium lex erat (4).

2⁰ *Dos non receptitia* — Iure veteri non revertebatur, et causa dotis tunc erat perpetua, sive quia matrimonia erant cum manu, sive quia etiam divortia fere numquam eveniebant. At introductis matrimoniis liberis et divortiorum lue grassante, necessitas orta est cavendi mulieribus, ne a dissolutis matrimoniis inopes discederent. Hinc origo *cautionis uxoriae et actionis uxoriae,* (5) per quas maritus restituere debebat dotem uxori in casu divortii (6). Si autem uxor ipsa mortua fuisset in matrimonio, tunc distinguebatur inter dotem profectitiam et adventitiam:

a) dos profectitia revertebatur ad ascendentem paternum (7),

(1) l. 19, XXIII, 3; l. 22, 12, XXIV, 3.

(2) ll. 36; 38, 1, XV, 1; ll. 22, 12; 25 pr.; 53, XXIV, 3; l. 10 C. V, 18.

(3) ll. 18 pr.; 35 pr.; 44, XXIV, 3; l. 9 C. V, 18.

(4) ll. 22 pr.; 29, 1; 45; 56, XXIV, 3; ll. 37, 4; 41, 7, XXXII; l. 240, L, 16; ll. 2; 25 C. V, 12; l. 4 C. VIII, 38.

(5) Quod origo actionis uxoriae, in plurimorum saltem sententia, petenda sit ex facilitate divortiorum, probatur tum ex Ulp. VI, tum ex eo quod titulus *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur* (XXIV, 3) statim sequatur titulum *De divortiis et repudiis.* Dein haec actio extensa fuit et ad casum dissoluti matrimonii per mortem.

(6) Ulp. VI, 6. Item restituenda erat ab haeredibus mariti, si morte eiusdem fuisset matrimonium solutum.

(7) Ulp. VI, 4; Frag. Vat. 108; l. 6, pr. XXIII, 3; l. 10 pr. XXIV, 3.

Si avus ergo dotem nepti dederit, ipse profecto habebat repetitionem dotis. At, si avo praemoriente, pater intermedius esset, quaeritur an ipse repetere posset. Et respondetur affirmative, quoties avus patris intermedii contemplatione dotem dedisset; quia quoad patrem dos tunc erat profectitia, licet ab avo exheredatus fuisset (l. 5, 2, XXIII, 3; l. 6, XXXVII, 6). Non item si neptis intuitu dos ab avo processisset, quia tunc respectu patris non profectitia, sed adventitia erat (l. 79, XXIII, 3).

licet filia ab eius potestate exempta esset (8); tot quintis partibus apud virum relictis quot superstites filii e matrimonio adessent (9).

b) dos adventitia penes maritum remanebat; qui, si ad secunda vota convolasset, proprietatem liberis prioris coniugii relinquere debebat, solo usufructu contentus (10).

§. 61. *Obiectum.*

I — Principium generale erat illud omne restituendum, quod dotis causa receptum esset, una cum iis quae ita accesserant dotalibus rebus ut in dotis causa essent (1).

Iamvero duplex erat obiectum, uti eruitur ex principio enunciato: nempe principale et accessorium.

II — *Obiectum principale* — Distinguere opus est inter res fungibiles et res non fungibiles; item, quoad has alteras, inter dotem non aestimatam et dotem aestimatam.

1⁰ Res fungibiles. Tantumdem restitui debebat, quantum datum erat ex eo genere; idque etsi casu res periissent, quia debitor generis non liberatur interitu speciei (2).

2⁰ Res non fungibiles. Restituendae erant prout se habebant, quin maritus teneretur de deterioratione quae absque culpa evenisset (3); quod si mariti dolo vel culpa deteriores evaserint, aut reddi omnino non potuerint, omne damnum eo nomine datum sarciendum erat (4).

(8) l. 5, XXIV, 2; ll. 10 pr.; 59, XXIV, 3. Sed hic est quaestio; nam alii in hoc casu contendunt dotem profectitiam, si sui juris uxor decesserit, ad eius haeredes, non vero ad constituentem, sive legitimos sive testamentarios, pervenire (Voet, *Pand.* h. t. n. 6; Francke in *Arch. civ.* XXVI; Vangerow, 220). Hi postremi innituntur ll. 71, XXI, 2; l. 4 C. V, 18; l. 19 C. VI, 20.

Hic etiam recensemus celebrem illam quaestionem, quae agitata est inter Bulgarum et Martinum, an scilicet reversio dotis profectitiae ad constituentem locum habeat etiam cum uxor demortua superstites liberos ex eo matrimonio reliquerit. Martinus praevaluit in praxi, et sententia eius negativa innitebatur l. 56, 1, 2, XXIII, 3; l. 23, XXIII, 4; l. 40, XXIV, 3; l. 18, 1, XXXVI, 3. Attamen hodie probatur potius Bulgari sententia utpote juri romano conformior; et citatur l. 6 pr. XXIII, 3, ubi nulla distinctio fit, sed IC. absolute loquitur; nec non jus retentionis propter liberos, quod maritus habebat in reddenda dote profectitia, mortua in matrimonio uxore (Ulp. VI, 4; Frag. Vat. 108. Cf. l. un., 5 C. V, 13).

(9) Ulp. VI, 4; Frag. Vat. 108.

(10) Serius constitutum est quod etiam medietatem dotis adventitiae maritus traderet extantibus parentibus uxoris defunctae (Nov. Valent. XXXIV, C. 8; XXXIX, C. 9).

(1) Exceptis immobilibus res dotales restituebantur in loco domicilii mariti (l. 65, V, 1).

(2) l. 42, XXIII, 3. Cf. l. 54 ib.; l. 22, 13, XXIV, 3; l. 12 C. V, 12.

(3) l. 10 pr., 1, XXIII, 3.

(4) ll. 18, 1; 24, 5; 25, 1-4; 50; 55; 66 pr. XXIV, 3. Culpa hic accipitur in concreto. Si omnino dos reddi non posset, quia alienata, si quidem alienatio facta fuisset de consensu eius, cui restitutio facienda esset, maritus non tenebatur nisi de praetio recepto (l. 32, XXIII, 3).

De casu, uti evidens est, non tenebatur (5). Quod vero attinet ad restitutionis modum, generatim maritus tenebatur transferre dominium rerum dotalium, etiam in casu quo per usucapionem constante matrimonio huiusmodi dominium adquisiisset (6); quod si dominium non haberet, tenebatur ad possessionem tradendam, in qua, si apta usucapioni, poterat mulier procedere usque ad explendam iuxta titulum *pro soluto* (7).

Praeterea dos poterat consistere in jure; nempe vel in jure in re aliena, vel in jure obligationis.

a) Ius in re aliena — Omnia debebant restitui in eo statu, in quo erant ante dotis constitutionem. In specie, quod ad ususfructus dotalis attinet restitutionem, plures exurgere poterant casus. Maritus erat dominus; constituens ususfructuarius, qui usumfructum in dotem dedit. Soluto matrimonio, iterum jus ususfructus debebat constitui (8).

Maritus non erat dominus neque ususfructuarius; constituens e contra dominus dedit in dotem usumfructum. Soluto matrimonio per mortem mariti seu ususfructuarii, iam sponte sua ususfructus revertebatur ad proprietatem (9); soluto matrimonio superstite marito, hic debebat cedere suum jus.

Neque maritus, neque constituens erant domini rei, sed constituens erat solummodo ususfructuarius, qui jus suum in dotem dedit. Soluto matrimonio difficultas exurgebat ex eo, quod ususfructus a fructuario alteri praeter dominum proprietatis cedi non poterat (10); quare remedii loco introductum fuit, ut vel tantummodo ususfructus exercitium restitueretur, vel, domino consentiente, iterum ususfructus constitueretur ei cui restituendus esset, vel demum iudicis arbitrio ususfructus praetium praestaretur (11).

b) Ius obligationis — Nominum in dotem datorum restitutio ita fiebat, ut maritus quod exegerit, restitueret (12). Quod si non exegisset, sed maritus ipse fuisset debitor, et dos constituta esset in acceptilatione eidem facta, soluto matrimonio obiectum veteris obligationis tradere cogebatur, si utique obligatio pura fuerit; aut denuo restaurare suam obligationem (13). Quandocumque vero alter debitor esset, nempe vel ille cui restituenda erat dos, vel extraneus, tunc

(5) l. 18, 1, XXIV, 3.

(6) Frag. Vat. 111; l. 11, XXIV, 3; l. 1, XLI, 9.

(7) l. 13, 6, XLI, 2.

(8) l. 78 pr., 1, XXIII, 3.

(9) l. 78, 2 ib.

(10) Gai. II, 30; par. 3 i., II. 4.

(11) ll. 66; 78, 3, XXIII, 3; l. 57, XXIV, 3.

(12) l. 48, 1, XXIII, 3; l. 44, 1, XXIV, 3.

(13) ll. 12, 2; 43, 1, XXIII, 3.

in primo casu maritus ut restitueret, debebat uti acceptilatione per quam liberabat a vinculo debitorem (14); in altero casu, nempe si extraneus fuisset debitor, debebat restituere nomen cui dos restituenda erat (15).

Maritus insuper, si in non exigendo in culpa fuisset, tenebatur de conditione debitoris qui haud amplius solvendo erat, aut de actionis praescriptione (16); item si obiectum obligationis mutatum fuisset per novationem quam fecisset (17); item si quid aliud in damnum restitutionis egisset (18). Quod si nulla negligentia vel dolus imputari possent, tunc maritus, quamvis debitor non esset solvendo, tenebatur ad cessionem tantum actionum; imo si de socero, et etiam de constituente dotem voluntariam actum esset, neque ei imputabatur, si eosdem ad solutionem non compulisset (19).

III — *Obiectum accessorium* — Non solum dos, sed etiam accessiones in restitutionem veniebant, scilicet alluvio, partus ancillarum (20), haereditas vel legatum non contemplatione mariti servo dotali relicta (21); uno verbo ea omnia a marito percepta vel occupata, cum in fructu non essent (22).

Fructus autem, cum constante matrimonio ad maritum pertinerent pro oneribus ferendis, restitui non debebant (23), nisi fructus qui percepti fuissent in primo anno matrimonii (24), vel in postremo (25), et quidem pro rata temporis, deductis expensis (26). Quas expensas, uti patet, deducere non poterat, si eas fecisset circa fructus perceptos (27), quemadmodum nec quod solvisset pro tributorum solutione, servorum alimentis et his similibus (28).

IV — Quae hucusque diximus locum habebant, si dos non aestimata data esset et existeret in specie. Nam si dos aestimata data esset sive permutata fuisset, aliud dicendum.

a) Si dos aestimata data esset, cum dotis obiectum consisteret in eius praetio, hoc restitui debebat (29).

(14) l. 41, 4 ib.; ll. 30. 1; 66, 7, xxiv, 3.
(15) l. 44, 1, xxiv, 3.
(16) l. 33, xxiii, 3.
(17) l. 35 ib.
(18) E. g. si non sortem, sed usuras solummmodo exegisset (l. 77, xxiii, 3), vel si credito renunciasset (l. 49 ib.).
(19) l. 33, xxiii, 3.
(20) ll. 4; 10, 1, 2, ib.; ll. 31, 4; 69, 9, xxiv, 3.
(21) l. 19, 1, xv, 1; l. 3 pr. xxiii, 5; l. 31, 4, xxiv. 3; l. 45, 1, xxix, 2.
(22) l. 32, xxiii, 3; ll. 4; 7, 12, xxiv, 3.
(23) l. 7 pr. xxiii, 3. Cf. ll. 7, 1; 10, 3 ib.; l. 20 C. v, 12.
(24) l. 38, 12, xxii, 1; ll. 7, 1; 47, xxiii, 3; l. 6, xxiv, 3. Cf. l. 7, xxiv, 3.
(25) ll. 5; 6; 7, 3; 11; 31, 4, xxiv, 3. Fructus primi anni et ultimi.
(26) Paul. ii, 22, 1; l. 78, 2, xxiii, 3; ll. 5; 6; 7, 1-4, xxiv, 3; l. un., 7 C. v, 13.
(27) l. 7 pr., 16, xxiv, 3; ll. 3; 1; 15; 16, xxv, 1.
(28) l. 28, 1, xxiv, 1; ll. 13; 15, xxv, 1.
(29) l. 10 pr. xxiii, 3; l. 51, xxiv, 3.

In casu aestimationis factae eo pacto, ut aut res aut praetium praestaretur, neque quidquam de electione adiectum fuisset, penes maritum plerumque erat arbitrium sive praetium, sive res, etiam sine culpa ipsius deteriores factas, restituendi (30). In casu vero aestimationis factae taxationis causa, species rerum restitui debebant, et non praetia earum; at, si culpa mariti periissent vel deteriores factae fuissent, tunc praetia reddi debebant (31).

b) Si dos permutata fuisset, tunc vel agebatur de permutatione necessaria, vel de voluntaria.

Quoad permutationem necessariam, nempe si pro rebus dotalibus evictis maritus damni refectionem recepisset, vel si pars indivisa dominii alicuius rei dotalis in iudicio adiudicata fuisset condomino, data marito compensatione, maritus restituere cogebatur sive quod receperat pro rebus evictis, sive pro parte sua adiudicata alteri (32).

Quoad permutationem voluntariam per contractus, num res vel praetia ita comparata dotalia fierent, non conveniunt omnes: quare saltem praetia rerum distractarum restituenda erant.

§. 62. *Tempus.*

I — Dos legitimo tempore restitui debebat (1). Huiusmodi tempus legitimum diversum erat in jure anteiustinianeo et in jure iustinianeo. Nam jure veteri distinctio erat inter res fungibiles et res non fungibiles. Res non fungibiles statim reddebantur; fungibilium autem rerum tertia pars in singulo tertio anno (2).

Attamen expensae funerum, quas pater defunctae uxoris persolvisset, statim a marito restitui debebant (3).

Ceterum quoad tempus restitutionis conventiones speciales admittebantur (4).

Animadvertendum est, quod si matrimonium solveretur propter mores mariti, fiebat in poenam abbreviatio temporis. Si enim mores mariti graviores extitissent, res quoque fungibiles statim reddere compellebatur; si vero leviores, tunc infra sex menses (5).

Iustinianus mutavit hoc jus.

(30) ll. 10, 6; 11, XXIII, 3.
(31) Cf. l. 12 C. v, 12.
(32) ll. 16; 52; 78, 4, XXIII, 3.
(1) l. 24, 3, XXIV, 3.
(2) Ulp. VI, 8. Cf. l. un., 7 C v, 13.
(3) l. 60, XXIV, 3.
(4) ll. 14-19, XXIII, 4.
(5) Ulp. VI, 13.

§. 63. *Actiones.*

I — Qui dotem sibi reddi postulabat imprimis necesse erat, ut probaret dotem constitutam et traditam revera marito fuisse (1). Qua re extra controversiam posita, duplex remedium in promptu erat ad dotem recuperandam; scilicet tum *actio ex stipulatu,* tum *actio rei uxoriae.*

II — *Actio ex stipulatu.* — Haec actio locum habebat quando constituens dotem reddi sibi stipulabatur soluto matrimonio; quo in casu, uti diximus, dos receptitia appellabatur. Tunc actio oriebatur ex stipulatu; et maritus hac actione conventus dotis restitutionem facere cogebatur illico, in solidum, absque beneficio competentiae, et sine ullo retentionis jure praeter quam propter impensas necessarias, quae dotem ipso jure minuere intelligebantur (2). Haec omnia ex natura praedictae actionis, quae *stricti juris* erat, naturaliter descendebant. Dabatur etiam haeredibus et in haeredes (3); et si ageretur de uxore sub patria potestate, actio competebat quoque patrifamilias, eiusque haeredibus (4). Demum, si defunctus maritus aliquid uxori reliquisset, nisi specialiter id pro dote accipi declarasset, uxor et dotem et relictum petere poterat (5).

III — *Actio rei uxoriae.* — Si nulla de dote reddenda stipulatio intercessisset, seu si ageretur de dote non receptitia, soluto matrimonio per divortium vel per mortem mariti, uxori comparabatur actio rei uxoriae. Talis actio erat absolute personalis, quae proinde ad haeredes non transibat, nisi si moram in dote mulieri reddenda maritus fecisset (6). Verumtamen si uxor fuisset filiafamilias, pater adiuncta filiae persona habebat actionem (7); et in casu quoque quo filia mortua esset, ipse dotem, quam constituerat, petere poterat (8). Idem dicendum, si patria potestas ad alium fuisset translata sive per adrogationem patris uxoris, quae esset in eius potestate, sive per adoptionem filiae a patre suo factam; pater adoptans habebat actionem adiuncta filiae adoptivae persona (9). Et hinc est, quod ICC. filiam quoad jus dotale sociam patris sui appellaverint (10). Quod si ante solutum matrimonium patria potestas cessasset, actio unice filiae competebat (11).

(1) l. 1 C. v, 15.
(2) Cf. l. un., 5, 6, 7 C. v, 13.
(3) l. 6 C. v, 12. Cf. l. un., 4 C. v, 13.
(4) l. 29, xxiv, 3.
(5) Cf. l. un., 3 C. v, 13.
(6) Ulp. vi, 7; Frag. Vat. 95, 112, 334; l. 57, xxiv, 3. Cf. l. un., C. v, 53.
(7) Ulp. vi, 6; Frag. Vat. 269; ll. 2, 1; 34, xxiv, 3; l. 14, xxxv, 2.
(8) l. 25 pr. xlvi, 8.
(9) Cf. l. 8, iv, 5.
(10) ll. 2, 1; 3; 22, 1, xxiv, 3; l. 34, 6, xlvi, 3.
(11) ll. 42 pr.; 66, 2, xxiv, 3; l. 14 pr. xxxv, 2; ll. 8, 4; 10, 1, xlviii, 20.

Praeterea, actio rei uxoriae erat *bonae fidei* (12); unde non semper in solidum restitui dos debebat, sed retentionibus factis quando lex id permittebat (13); neque statim, quia res fungibiles annua, bima, trima die, ut diximus, reddi poterant (14); insuper maritus beneficio competentiae gaudebat (15). Demum in hac actione veniebat edictum praetorium de alterutro, cuius vi mulier eligere debebat inter repetitionem dotis vel acceptationem eius quod relictum fuerat a marito (16).

§. 64. *Jura specialia coniugum.*

I — In restituenda dote erant quaedam jura specialia, quae marito competebant, et erant quoque jura specialia favore uxoris, cui restituenda esset dos.

II — *Iura mariti.* — Maritus habebat jus:

1.º ad beneficium competentiae, uti superius diximus (1). Imo, ne ad inopiam penitus vergeretur, aliquid amplius eidem relinquebatur pro sustentatione sui et suorum (2).

2.º ad retentiones plurimas, quae reducebantur ad retentionem propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas, propter res amotas (3).

a) propter liberos. — Si matrimonium divortio solutum fuisset ex causa uxoris, liberis intervenientibus, maritus quamdam retentionem habebat, quae antiquitus non erat determinata et fortasse arbitrio iudicis relinquebatur; postea vero constitutum fuit tot sextas retinere maritum potuisse, quot erant filii, dummodo non ultra tres partes (4).

b) propter mores. — Si mores mulieris causam divortio dedissent, maritus antiquitus omnem prorsus dotem retinebat (5). Dein eius jus limitatum fuit, quamvis aevo reipublicae indeterminate; at initio

(12) Cf. par. 29 i., IV, 6; l. un., 2 C. V, 13.

(13) Ulp. VI, 9.

(14) Ulp. VI, 8. Cf. l. un., 5 C. V, 13.

(15) ll. 12; 13; 15, 2; 16; 28; 43; 54, XXIV, 3; l. 8 C. V, 18.

(16) Cf. l. un., 3 C. V, 13.

(1) Cf. quoque l. 17, 2, XXIV, 3; ll. 17; 20; 21; 24, 1, XLII, 1.

(2) Cf. l. 19, 1, ib.

(3) Ulp. VI, 4, 9-17.

(4) Ulp. VI, 10, 11 — Iam vidimus quod si matrimonium solveretur per mortem uxoris, maritus in restitutione dotis profectitiae tot quintas, quot filii erant, retinere poterat (Ulp. VI, 4; Frag. Vat. 108); quoad dotem adventitiam, ipsam totaliter lucrabatur (Ulp. VI, 5).

(5) Val. Max. VIII, 2; Gell. X, 23; Plin. *H. N.*, XIV, 14 — Si fuisset maritus, qui moribus suis causam dedisset divortio cf. quae diximus superius par. 62 i. f.

imperii admissum fuit, quod propter mores graviores mulieris retineret sextam partem, propter leviores octavam tantummodo (6).

c) propter impensas. — Triplicis generis erant impensae: necessariae, utiles, voluptuariae. Necessariae erant, quibus non factis res dotales aut periissent, aut deteriores futurae fuissent (7). Utiles, quibus non factis dos quidem deterior non evasisset, factis autem fructuosior (8). Voluptuariae, quibus omissis dos deterior non fiebat, factis autem fructuosior pariter non evadebat (9).

Necessariae impensae ipso jure dotem minuebant (10); unde si, quin sibi satisfactum fuisset, maritus dotem restituisset, condictione indebiti agere poterat (11). Quoad voluptuarias, maritus eas tollere poterat, nisi refectionem mulier obtulisset (12). In necessariis impensis habebat jus retentionis (13), sed non absolute; nam antiquitus haec retentio neque ab omnibus admissa videtur (14), et dein admissa fuit in casu quo uxor marito in faciendis consensisset (15). Quo consensu intercedente, quandocumque maritus retentionem non exercuisset, poterat contra mulierem ad eas repetendas agere actione mandati (16).

d) propter res donatas. — Donationes inter coniuges constante matrimonio vetabantur, uti mox videbimus. Ad has coërcendas concessum fuit marito jus retentionis in quantum mulier locupletior extitisset tempore litis contestatae (17).

e) propter res amotas. — Si uxor quid marito subripuisset con-

(6) Ulp. VI, 12 — Hic disputatur, num retentiones *propter liberos et propter mores* cumulative accipi debeant an non, nempe maritus duplicem revera habuerit retentionem. Communis videtur sententia affirmativa, quae nititur argumento e contrario; nam cum maritus propter suos mores dupliciter puniretur, ita ut et ante tempus dotem restituere compelleretur (cf. cit. par. 62 i. f.), et filios alere cogeretur (cf. Cic. *Top.* IV), pariter dicendum de uxore in culpa.

(7) Ulp. VI, 15; ll. 1; 2; 3; 4; 14, XXV, 1.

(8) Ulp. VI, 16; ll. 5, 3; 6; 14, 1 ib.

(9) Ulp. VI, 17; ll. 7 pr.; 14, 2 ib.

(10) par. 37 i., IV, 6; l. 61, XXIII, 2; l. 56, 3, XXIII 3; l. 5, 2, XXIII, 4; ll. 5 pr., 2; 15, XXV, 1; l. 41, 1, XXXI; ll. 1, 4; 2, XXXIII, 4; l. un., 5 C. V, 13.

(11) l. 5, 2, XXV, 1.

(12) Ulp. VI, 17; l. 38, VI, 1; ll. 7 pr.; 9; 10; 11 pr.; 14, 2, XXV, 1; l. 79, 2, L, 16; l. un., 5 C. V, 13.

(13) Ulp. VI, 16; l. 18 pr. XXIII, 5; ll. 5, 3; 6; 10; 14, 1, XXV, 1; l. 79, 1, L, 16.

(14) Cf. l. 18 pr. XXIII, 5 — Ratio fortasse est, quia timebatur quod conditio mulieris in exigenda dote difficilior per hoc jus retentionis fieret (l. 38, VI, 1; l. 8, XXV, 1; l. 79, 1, L, 16).

(15) l. 8, XXV, 1; l. 79, 1, L, 16; l. un., 5 C. V, 13.

(16) Imo, juxta eos qui admittebant retentionem expensarum factarum inscia muliere, etiamsi in hoc casu maritus haud jus suum exercuerit, poterat dein agere actione negotiorum gestorum (l. 18 pr., XXIII, 5; ll. 5, 3; 6; 7, 1; 8; 14, 1, XXV, 1; l. 79, 1, L, 16).

(17) Ulp. VI, 9; l. 27, 5, VI, 1; l. 50 pr. XXIV, 1; ll. 7, 5; 15, 1; 25 pr. XXIV, 3; l. 23, XXV, 2.

stante matrimonio, maritus habebat jus retentionis super dotem, ne actione furti propter reverentiam ageretur (18).

III — *Iura uxoris.* — Mulier fruebatur privilegio dotes suas exigendi prae omnibus aliis creditoribus chirographariis. Et hoc privilegium inductum est iuxta illud principium, quod intererat Reipublicae mulieres dotes suas salvas habere. Solummodo cedebat creditis expensarum funerum et fiscalibus; quamvis credita fiscalia tunc praevalere non possent, quando ante dotis constitutionem iam orta non essent (19).

Naturam habebat mere personalem (20), et proinde non competebat haeredibus, neque patri quamvis agenti adiuncta filiae persona. Concedebatur autem mulieri non solum quando agebat actione rei uxoriae, sed etiam quando agebat actione ex stipulatu; imo dein fuit concessum ut privilegio gauderet in *condictionibus* quas foemina debebat instituere ad res suas exigendas, quae dotales effectae non erant vel quia matrimonium contractum haud fuisset, vel per errorem contraxisset (21).

§. 65. *Ius Iustinianeum.*

I — Plurima inveniuntur mutata in legislatione posteriori, praesertim iustinianea, quoad dotis restitutionem; quae mutationes omnia respiciunt quae hucusque in capite praesenti exposuimus, nempe subiectum, obiectum, tempus, actiones et jura coniugum.

II — *Quoad subiectum.* — Distingui debet inter matrimonium solutum viva uxore, vel per mortem eius.

1⁰ Matrimonio dissoluto vivente uxore — Iterum distinguere opus est inter dotem profectitiam et dotem adventitiam.

a) Dos profectitia. — Si filia sui juris esset, ipsa solummodo dotis repetitionem habebat, et non pater neque haeredes patris (1). Imo contra patrem eiusve haeredes agere poterat, si dos ad patrem haeredem a marito institutum pervenisset (2). Et eo progressum est, ut mulier per mortem patris, sui juris effecta, posset ab haeredibus patris exigere illam dotis profectitiae partem quae iam eidem vivo fuisset soluta (3); necnon ut — si postquam iudicium de dote restituenda, quod

(18) ll. 7, 5; 15, 1, xxiv, 3; l. 6 C. vi, 31; l. 1 C. v, 21.
(19) l. 9. C. v, 12.
(20) l. 19 pr. xlii, 5; l. un. C. vii, 74.
(21) l. 74, xxiii, 3; l. 22, 13, xxiv, 3; ll. 17, 1-19 pr. xlii, 5.

(1) l. 22, 5, xxiv, 3; l. 34, 5. xxxi. Quod jus transibat ad suos heredes (l. un., 4 C. v, 13.)
(2) l. 44, xxiv, 3.
(3) l. 66, 2 ib.

communi patris et filiae voluntate coeptum fuerat, ad finem esset perductum ac sententia obtenta pater decesserit — iudicati actio filiae potius daretur, quam haeredibus patris (4).

Si e contra adhuc patris potestati mulier subiiceretur, pater dotem profectitiam repetere poterat, sed de consensu filiae (5); ita ut neque pater solus neque filia sola agere possent (6). Dotis restitutae dominium plenum pater obtinebat (7). Sed ex dispositione Iustiniani dein statutum est, ut filiae rursus nubenti novam non inferiorem dotem assignaret (8); et quod in eiusdem successione testamentaria filia dotem sibi praecipuam haberet, attentis qualitatibus cohaeredum (9).

b) Dos adventitia. — Si filia sui juris esset, dotem adventitiam lucrabatur (10). Mortua vero muliere post matrimonium dissolutum, jus repetendae dotis ad eius haeredes incorruptum etiam sine mora mariti transibat (11).

Si e contra adhuc potestati patris mulier subiiceretur, tunc utique pater dotem adventiciam repetere poterat, sed de consensu filiae (12). Etiam hic consensus utriusque requirebatur, exceptis quibusdam casibus, in quibus solus vel sola agere poterat; scilicet si filia absens esset (13), vel latitaret (14), vel si pater absens esset (15), vel periculum adesset ne acceptam dotem consumeret (16). At hic pater non habebat dominium restitutae dotis, sed simpliciter usumfructum, penes filiam dominio relicto (17).

2° Matrimonio dissoluto mortua uxore. — Etiam in hoc casu distingui oportet dos profectitia ab adventitia.

a) Dos profectitia. — Ad constituentem revertebatur, sive filia fuisset sui juris sive non (18). Tamen haud amplius imponebatur onus relinquendi quintas favore filiorum (19). Mortuo ascendente maritus non lucrabatur dotem, sicut prius consueverat, sed haec ad haeredes mulieris pertransibat (20).

b) Dos adventitia. — Non remanebat penes maritum, sed haec quoque dos pertinebat ad haeredes mulieris (21). In hoc casu, si

(4) l. 31, 2 ib.
(5) l. 2, 1 ib., l. un., 14 C. v, 13.
(6) ll. 2, 1, 2; 21, 1, 5, 6 ib.
(7) ll. 1; 2; 6 C. vi, 61.
(8) Nov. 97 C. 5.
(9) l. 12 C. iii, 38.
(10) l. un., 13 C. v, 13.
(11) l. un., 14, C. ib.
(12) l. 22, 5, xxiv, 3.
(13) l. 22, 3 ib.
(14) l. 22, 6 ib.
(15) Praestita tamen de rato cautione: l. 22, 4 ib.
(16) l. 22, 6 ib.
(17) Quia dos adventitia constituebat filiae peculium adventitium: ll. 1; 2; 6 pr. C. vi, 61; l. 1 C. Th. viii, 19.
(18) Cf. superius par. 60 n. 8.
(19) l. un., 5 C. v, 13.
(20) l. un., 6 C. ib.
(21) l. c.

haeredes essent filii, dominio penes eosdem relicto, maritus habebat usumfructum. Sed dein a Iustiniano fuit etiam concessa marito portio virilis cum filiis, dummodo secundum non iniisset matrimonium (22).

III — *Quoad obiectum.* — In jure iustinianeo non amplius viguit distinctio inter res fungibiles et non fungibiles, sed inter mobiles et immobiles. Istae statim; illae post annum in restitutionem veniebant. Et quidem, si in mora fuisset, maritus debebat solvere vel fructus vel usuras (23).

IV — *Quoad tempus.* — Eadem veniunt, quae nunc diximus quoad obiectum; nempe quod vel statim vel post annum res iuxta rerum diversitatem, erat restituendum. Notandum est, quod si tempus a jure statutum maritus in restitutione praevenisset, poterat gaudere interusurio, et deductionem eiusdem exigere (24).

V — *Quoad actiones.* — Iustinianus abolevit actionem rei uxoriae et retinuit actionem ex stipulatu, quasi in quacumque dotis constitutione intercederet stipulatio, licet revera haud interponeretur (25). Sed huiusmodi actio diversam naturam habebat a veteri actione ex stipulatu; nam recepit quidquid optimum aderat favore mulieris in rei uxoriae actione, et repulit quidquid aderat contra jus ipsius. Hinc nova haec actio ex stipulatu erat *bonae fidei* (26); semper competebat quomodocumque matrimonium solveretur, et ad haeredes etiam uxoris mortuae transferebatur ita ut non amplius dos lucro mariti cederet (27).

Insuper Iustinianus doctrinam elaboravit in casu quo maritus urgeretur ad restitutionem, quin tamen dotem realiter recepisset. Saepe enim eveniebat ut maritus praepropere attestationem dotis constitutae remitteret constituenti, quin numerata fuisset. Antiquitus id ex dotalibus instrumentis constare opus erat (28). Tempore iustinianeo non amplius id exigebatur, sed sufficiebat quaecumque attestatio. Tempus quoque constitutum fuit intra quod maritus vel eius haeredes potuissent attestationem huiusmodi bona fide concessam repetere per condictionem causa data causa non secuta; vel etiam opponere exceptionem non numeratae pecuniae, aut iuridicam protestationem emittere de dotis non facta numeratione. Tempus diversum erat, si maritus adhuc fuisset minor, vel adhuc minores fuissent eius haeredes, qui ad restitutionem urgerentur (29).

(22) Nov. 127 C. 3.
(23) l. un., 7 C. v, 13.
(24) Cf. l. 24, 2, xxiv, 3.
(25) l. un. C. v, 13.
(26) par. 29. i., iv, 6; l. un., 2 C. cit.
(27) l. un., 4, 6 C. ib.
(28) Cf. l. 14, 1 C. iv, 30; l. 3 C. v, 15.
(29) Nov. 100.

VI — *Quoad jura coniugum.* — Fuerunt in marito abolitae retentiones, et tantummodo eidem concessum ut quaedam haberet pro impensis factis, pro rebus donatis et pro rebus amotis a muliere (30).

In uxore fuit abolitum edictum praetorium de alterutro, ita ut uxor vel dotem vel legatum petere posset (31). Demum inducta sunt duo privilegia specialia, praeter privilegium exigendi, favore eiusdem, nempe privilegium l. 30 C. V. 12 et hypotheca legalis.

a) Privilegium l. 30 C. V. 12 — Hoc privilegium non erat personale, prout privilegium exigendi, sed reale. Duplicem actionem(32) uxor habebat, nempe rei vindicationem et hypothecariam actionem, quarum obiectum erant omnes res dotales extantes sive mobiles sive immobiles, sive aestimatae, sive non aestimatae, sive etiam illae quae ex dote comparatae fuissent, ita ut res aestimatas retineri non possent oblata eidem aestimatione aut pecunia dotali. Per hanc duplicem actionem uxori tantum competentem ipsa vindicare poterat res prae omnibus creditoribus etiam hypothecariis (33).

b) Hypotheca legalis — Praeter privilegium in rebus dotalibus vindicandis, imperator Iustinianus actioni ex stipulatu quam dedit ad repetendam dotem, tacitam donavit *hypothecam* in omnibus bonis mariti vel alterius cuiuscumque, qui dotem restituere teneretur (34); — item donavit *privilegium* super omnes alias hypothecas vetustiores (35).

Hypotheca legalis omnibus consulebat, quibus concedebatur actio ex stipulatu; et quidem non solum pro restitutione dotis, sed et pro augmento.

Privilegium nonnisi mulieri eiusque liberis in matrimonio natis concedebatur (36) pro rebus in dotem datis, non autem pro eiusdem augmento (37).

(30) l. un., 5 C. v, 13.

(31) l. un., 3 C. ib.

(32) Ratio cur duplex a Iustiniano concessa fuerit actio ex eo petenda videtur, quod solvere quaestionem ausus non sit de dominio dotis constante matrimonio. Unde si actio vindicatoria videretur favore sententiae de dominio dotis penes uxorem, hypothecaria e contra favore sententiae de dominio penes maritum.

(33) Cf. l. 12 pr., 1 C. VIII, 18.

(34) l. un., 1 C. v, 13.

(35) l. 12 C. VIII, 18 - Fisco excepto (l. 1 C. IV, 46; l. 2 C. VII, 73).

(36) l. 12 C. cit.; Nov. 91 C. 1.

(37) Nov. 97 C. 2.

CAPUT V.

De rebus amotis.

§. 66. *Notio et natura actionis r. a.*

I — Furta inter coniuges non admittebantur ex duplici ratione: tum quia notionem furti impediebat indoles relationum, quae intercedebant inter coniuges (1); tum quia stricto sensu figura juridica furti impossibilis videbatur in societate matrimoniali (2). Si quid ergo a coniuge coniugi sublatum fuisset repeti poterat multis modis; nempe vel per vindicationem, vel per condictionem ex iniusta causa (3), vel per actionem in factum de damno dato (4); vel, soluto matrimonio, per actionem ad exhibendum, vel per haereditatis petitionem (5).

II — Attamen Praetor (6) pleniori remedio occurrere studens coniugi laeso actionem specialem introduxit, quam *rerum amotarum actionem* appellavit. Quae definiri potest: in personam actio, seu condictio rei persecutoria ex maleficio, post solutum divortio matrimonium alteri coniugi eiusve successoribus competens adversus alterum ad res, quae divertendi consilio amotae erant, restituendas cum omni causa, aut, nisi fiat restitutio, ad praestandum id quanti actoris intererat, quantive in litem iuraverit actor.

III — Patet inde quaenam natura fuerit actionis rerum amotarum. Non erat poenalis, quamvis fundamentum in delicto haberet et quamdam exprimeret coërcitionem (7). Erat actio rei persecutoria (8), quamvis ex maleficio. Unde distinguebatur:

1º ab actione furti, quae famosa et persecutoria poenae erat:

2º a condictione furtiva. Nam quamvis, uti diximus, nostra actio naturam condictionis haberet (9), fundabatur tamen in simplici facto amotionis; e contra condictio furtiva fundabatur in facto quo quis ditior ex aliena re sine causa evasisset (10). Unde actio rerum amotarum dabatur etiam contra amoventem, etsi ad eum non perve-

(1) l. 2, xxv, 2.
(2) l. 1 ib.
(3) ll. 6, 5; 24; 25 ib.
(4) l. 2 C. v, 21.
(5) ll. 6, 5; 22, 1, xxv, 2. Uno ex iis electo alia remedia cessabant (l. 24 ib.).
(6) Cf. l. 2 C. v, 21.
(7) l. 29, xxv, 2.
(8) l. 25 ib.
(9) ll. 3, 4; 6, 2, 4; 26 ib. Cf. l. 7, 2, xxiii, 1.
(10) ll. 1; 3, 3; 17, 2, xxv, 2.

nisset (11). Item contra haeredes coniugis amoventis dabatur tantummodo in quantum ad eos pervenisset (12).

§. 67. *Processus.*

I — Duo requirebantur, ut actio praedicta haberet locum: nempe quod coniux coniugi rem abstulerit, et quod contemplatione divortii ablatio facta fuerit.

1⁰ Quod coniux coniugi rem abstulerit — Ergo non erat locus, si ageretur non de matrimonio, sed de concubinatu (1); vel de matrimonio quidem, sed juridice invalido (2). Item si ante matrimonium (3) ablationis factum accidisset, vel post dissolutionem divortio peractam (4).

2⁰ Quod contemplatione divortii ablatio facta fuerit — Nempe quod divortii consilio res amotae fuerint, et secutum divortium esset (5). Tractu temporis receptum est etiam, ut, licet non divertendi consilio, sed contemplatione mortis coniugis facta fuisset ablatio, postea divortio solutum fuisset matrimonium quia salutem recuperavit, utilis rerum amotarum actio concederetur (6). Quinimmo Iustinianus constituit, ut etiam constante matrimonio locum haberet, si extranei res alterius coniugis fidei commissas furatus esset alter. In hoc casu extraneus agere imprimis debebat contra coniugem commodatarium, qui habebat regressum contra coniugem amoventem; quod si commodatarius solvendo haud fuisset, poterat agere furti contra alterum (7).

II — Haec actio quidem primitus adversus mulierem marito eiusque haeredibus comparata fuit (8); dein etiam ipsi mulieri (9).

Obiectum eius erat res amota cum omni causa (10); item id quod intererat rem amotam non fuisse (11); et quidem sine beneficio com-

(11) l. 19 ib. Cf. e contra quoad condictionem furtivam l. 6, XIII, 1.

(12) l. 6, 4, XXV, 2; l. 3 C. V, 21. E contra condictio furtiva dabatur in solidum adversus haeredes furis (par. 5, i. IV, 1; ll. 5; 7, 2; 9, XIII, 1) Attamen quidam auctores contendunt in solidum haeredes teneri quoque coniugis amoventis, et afferunt l. 6, 4, XXV, 2, simul iunctam cum l. 9, XIII, 1.

(1) In hoc casu erat actio furti (ll. 17 pr. XXV, 2).

(2) l. 17 pr. cit.

(3) l. 3, 2 ib.

(4) l. 3 pr. ib. Attamen valebat actio si furtum factum fuisset, constante matrimonio, patrifamilias, cuius potestati coniux lesus subiiceretur (ll. 6 pr., 1; 15, 1 ib.)

(5) l. 25 ib. Cf. ll. 6, 1; 17, 1. ib.; l. 2 C. V, 21.

(6) l. 21 pr., XXV, 2. Si mortuus esset, haeredes habebant haereditatis petitionem vel actionem ad exhibendum, vel etiam condictionem ex iniusta causa (ll. 6, 5; 22, 1 ib.)

(7) l. 22, 4 C. VI, 2.

(8) ll. 1-3, 2; 6, 3, XXV, 2.

(9) ll. 7; 11 ib.

(10) ll. 3, 3; 7, 2 ib.

(11) ll. 21, 3, 4; 29 ib.

petentiae (12). Si restitutio non fieret, condemnabatur qui amovisset, quanti alter coniux in litem iurasset (13). Ceterum, si alter alterius res amoverit, compensabantur facta (14).

Cessabat actio per novam nuptiarum reintegrationem; si vero alterum divortium accidisset, videtur coniux potuisse instaurare actionem ob res divortii prioris causa amotas (15). Item cessabat, si coniux, actione instituta, maluisset dein alteri iusiurandum deferre (16).

CAPUT VI.

DE DONATIONIBUS PROPTER NUPTIAS.

§. 68. *Ante matrimonium.*

I — Mos fuit penes romanos quod sponsus largitates sponsalium titulo in sponsam conferret (1). Gradatim effectum est ut donatio ante nuptias indueret formam contrariae dotis, et ipsa quoque ad onera matrimonii sustinenda (2). Institutum hoc priscis jurisprudentiae auctoribus incognitum, a divis iunioribus principibus, speciatim a saeculo quarto deinceps, introductum est (3). Et sic evolutum, ut et conditiones statutae sint, et personae quae donationem conferre deberent declaratae.

II — *Conditiones* — Plura requirebantur in donatione praedicta:

1.º quod matrimonium sequeretur (4), et quod validum (5). Sed non semper eadem fuit legislatio in hac re. Nam primitus matrimonium sequi debebat et donatio praecedere; dein permissum est, ut fieri posset etiam constante matrimonio, dummodo antecedenter promissa (6). Iustinus concessit quod etiam constante matrimonio absolute constitui posset, et solum requisivit in hoc casu quod dos mulieris augeretur (7). Demum Iustinianus neque hoc exegit, sed juxta ipsum donatio fiebat constante matrimonio cum hoc solo limite, ut non superaret dotem (8). Exinde pronum fuit mutare nomen quod

(12) l. 21, 6 ib.
(13) ll. 8, 1; 9 ib.
(14) l. 7 ib.
(15) l. 23 ib.
(16) ll. 11, 1 seq.; 12; 13 ib.
(1) Cf. l. 20 pr. C. v, 3; ll. 9; 10 C. v, 14; l. 5, I, C. Th. III, 5.
(2) l. 29 C. v, 12. Hinc fuit doti comparata (l. 20 C. v, 3).
(3) par. 3 i. II. 7.
(4) par. 3 i. cit; ll. 15; 16 C. v, 3; ll. 2; 5 C. i., III, 5.
(5) par. 12 i. I, 10. Cf. l. 4 C. v, 3.
(6) l. 8 C. Th. l. c.
(7) l. 19, 1, C. v, 3.
(8) l. 20 C. ib.

antea erat, nempe *donatio ante nuptias,* et appellare melius *donationem propter nuptias* (9).

2.º quod realiter adimpleretur. At quando concessum est quod posset etiam matrimonio constante fieri, dummodo antecedenter promissa, disparuit necessitas realis consignationis, ut donatio existeret (10).

3.º quod intercederet instrumentum. Sed dein huic solemnitati fuit a legislatoribus renunciatum, quamvis moribus retineretur (11).

4.º quod fieret insinuatio. Ab huiusmodi obligatione fuerunt exceptae primitus donationes 200 solidis inferiores (12); dein Iustinianus pluries jus mutavit (13).

III — *Personae, quae donationem conferre debebant* — Donationem propter nuptias praestabat maritus vel alter eius nomine (14). Immo obligatio praestandi ei imposita est praecise, quia dotem recipiebat, ut veluti contraria dos existeret (15). Quemadmodum diximus de patre mulieris quoad dotem, ita dicendum de patre viri quoad donationem, scilicet quod pater teneretur praestare donationem in casu quoque quod vir sui juris esset (16). Disputatur circa obligationem matris (17).

IV — Quia substantia nihil differebat a dote propter nuptias donatio, relationes utriusque eaedem fere erant (18). Quare dote aucta in matrimonio debebat et donatio, utpote contraria dos, augeri (19) neque haec illam excedere poterat, quia secus id quod in excessu erat tamquam donatio facta uxori habebatur.

(9) Appellata fuit quoque *antipherna* (par. 3 i., II, 7; l. 20 C. cit.)

(10) Admittebatur tamen in sponso constitutum possessorium favore sponsae (l. 13 C. Th. III, 5).

(14) l. 29 C. v, 12; l. 11 pr. C. v, 17; ll. 6, 10; 11 C. v, 27; l. 13 C. Th. III, 5; l. 3 C. Th. III, 7; Nov. 39 pr.; Nov. 61, C. I; Nov. 117 C. 3, 4; Nov. 119, C. I.

(12) l. 13 C. Th. III, 5.

(13) Iustinianus excepit donationes usque ad 300; dein usque ad 500 solidos (ll. 34 pr.; 36, 3 C. VIII, 54); dein remisit prorsus necessitatem insinuationis (Nov. 119, C. I); tandem denuo eam requisivit pro donationibus ultra 500 solidos, ita tamen ut eius omissio damno non esset mulieri, sed tantum viro (Nov. 127, C. 2).

(14) l. 12 C. III, 38; l. 20 C. v, 3. Cf. l. 29 C. III, 28; l. 18 C. v, 3; l. 7 C. v, 11; l. 17 C. VI, 20; Nov. 2, C. 5; Nov. 119, C. 1; Nov. Maior. 6, 8.

(15) Auth. *ut exactione* ad l. 20 C. v, 3; Nov. 91 C. 2. Et fuit postea statutum ut teneretur maritus vel eius ascendentes paterni, quamvis mulier nullam afferret dotem (Cf. l. 7 C. v, 11 "*Neque enim leges*").

(16) l. 28 C. I, 4; l. 25 C. v, 4; l. 7 C. v, 11.

(17) Qui affirmant, ex paritate dotis argumentantur (Cf. l. 20 C. v, 3).

(18) l. 9 C. v, 14, eiusque Auth. *de aequalitate;* Nov. 97, C. I.

(19) Auth. ad l. 19 C. v, 3; Nov. 97, C. 2.

§. 69. *In matrimonio et post.*

I — Constante matrimonio, num dominium donationis propter nuptias esset penes mulierem vel penes virum quaestio pariter fit. At quidquid sit de hac controversia certum haberi debet quod administratio semper penes virum residebat; nisi vir ad inopiam vergeretur, quia tunc mulier sibi attribui administrationem petere poterat (1). Vir tamen non poterat immobilia alienare etiam cum consensu mulieris; excipiebatur casus, quo, alienatione per se invalide peracta, post biennium mulier ipsam confirmasset, dummodo in locum alienatarum aliae res successissent (2).

II — Post matrimonii solutionem donatio propter nuptias diversimode (3) se habebat iuxta quod solutio accidisset per divortium vel per mortem uxoris vel per mortem mariti.

a) Matrimonio soluto per divortium — Maritus male divertens utrumque lucrum, scilicet dotem et donationem propter nuptias amittebat (4); pariter dicendum de uxore male divertente (5).

b) Matrimonio soluto morte uxoris — Donatio redibat ad eum qui dedisset (6); proinde ad patremfamilias, cuius in potestate maritus erat. Introductis tamen peculiis, in hoc casu dominium residebat penes maritum relicto patrifamilias tantummodo usufructu (7).

c) Matrimonio soluto morte mariti — Extantibus liberis, ad eos dominium pertinebat; secus, vidua medietatem superstitibus defuncti mariti genitoribus tradere debebat (8). Iustinianus dein constituit ut vidua cum filiis portionem virilem haberet si non transiisset ad secunda vota (9); secus retinebat solummodo usumfructum (10).

Ad securitatem juris uxorii super donationem propter nuptias concessa est hypotheca legalis (11), quae praevalebat omnibus anterioribus (12). Unde res extantes retineri poterant, vel vindicari (13).

(1) l. 29 C. v, 12; Nov. 97, C. 6.

(2) Nov. 61, c. 1.

(3) Semper retinendum est quod conventiones speciales non intercessissent (l. 7 C. v, 3; l. 31. 1, C. v, 12; Nov. 22, C. 20 pr.; 32 i. f.) — Item retinendum quod primitus, quin ulla distinctio fieret, principium erat quod maritus dotem, mulier donationem ante nuptias lucraretur.

(4) l. 8, 4, 5 C. v, 17; Nov. 117, C. 9, 4, 5; 13. Existentibus liberis, proprietas ipsis cedebat (Nov. 117, C. 9, 4, 5, cit.).

(5) l. 8, 4, 5, C. v, 17; ll. 1; 2 C. Th. III, 16; Nov. 22, C. 15; Nov. 117, C. 9; 13. Cf. l. 10. C. v, 17.

(6) l. 9 C. Th. III, 5; Nov. 22, C. 20, 1. Cf. l. 18 C. v, 3.

(7) ll. 1; 2; 6 C. VI, 61; l. 1 C. Th. VIII, 19.

(8) Nov. Valent. 34, 8, 9.

(9) Nov. 127, C. 3.

(10) Nov. 98 C. 1.

(11) Nov. 109.

(12) ll. 12, 2 C. VIII, 18.

(13) Auth. *ut immobilia* ad l. 20 C. v, 3; Nov. 61, C. 1 pr.

CAPUT VII.

DE DONATIONIBUS INTER CONIUGES.

§. 70. *Prohibitio.*

I — Donatio inter coniuges quando matrimonia cum manu praevalebant, erat impossibilis. At possibilis facta est quando praevaluerunt matrimonia libera. Mores hisce donationibus impedimento erant; et haec est ratio cur lex Cincia de donationibus non respexerit donationes coniugum (1). Cum tamen de die in diem inconsideratae donationes fierent inter coniuges, ipsi mores prohibitionem induxerunt (2).

II — Prohibitio respiciebat donationes sibi mutuo a coniugibus factas: ergo in matrimonio (3). Et quidem in matrimonio juridice valido, secus prohibitio nullam vim habebat (4); quamvis admissum fuerit quod in odium delinquentium non valeret donatio in matrimonio invalido propter impedimentum perpetuum (5).

Si non matrimonium, sed simpliciter sponsalia fuissent, donatio erat valida (6); nisi futuro matrimonio obstaret perpetuum impedimentum, quia tunc pariter in odium delinquentium non valebat (7). Item, si non matrimonium, sed concubinatus fuisset, donatio erat valida (8); serius tantummodo, quia mos increbuerat harum donationum inter concubinarios, fuit quoque hic modus impositus (9).

Generatim loquendo quidquid extra matrimonium validum donabatur, sive ante sive post (10), non erat prohibitum.

III — Prohibitionis vis non solum tangebat donationes directas inter coniuges, sed et indirectas; et non solum indirectas quoad modum, scilicet si coniux donationem sub titulo oneroso alteri fecisset (11), sed etiam quoad personas. Sic improbatae sunt donationes,

(1) Frag. Vat. 302.

(2) Ulp. VII, 1; Paul. II, 23, 4; ll. 1-3 pr.; 9 pr. XXIV, 1. Cf. l. 20 pr. C. V, 3; Nov. 74 C. 4.

(3) ll. 5 pr.; 64, XXIV, 1.

(4) ll. 3, 1; 65 ib.; l. 7 C. V, 16.

(5) ll. 3, 1; 32, 28, XXIV, 1. In hoc casu donatio fisco cedebat (l. 32, 28 cit); mulier tamen innocens poterat restitutionem habere (l. 2 C. V, 16). Si impedimentum fuisset temporaneum non solum valebat, sed et rata habebatur (l. 32, 27, XXIV, 1).

(6) ll. 5 pr.; 27; 36, 1; 66, XXIV, 1; l. 23 C. V, 16. Si efficacia donationis retraheretur post contractum matrimonii, non erat valida (l. 32, 22, XXIV, 1).

(7) l. 32, 28, XXIV, 1.

(8) ll. 3, 1; 58, 1 ib.; ll. 5; 31 pr., XXXIX, 5; l. 2 C. V, 16.

(9) l. 2 C. cit.; l. 2 C. V, 27; l. 6 C. Th. IV, 6.

(10) Frag. Vat. 253[a]; ll. 5 pr.; 9, 2; 10; 11 pr.; 27; 32, 22, 23, 27; 35; 36, 1; 64; 66, XXIV, 1; ll. 3; 23 C. V, 16.

(11) ll. 5, 5; 7, 6; 31, 3; 32, 24, 25; 52 pr., XXIV, 1; l. 20 C. V, 16.

quae inter coniugem atque eas personas fiebant, quas in potestate alter habebat, quarumvé potestati ipse subiiciebatur, tum etiam cum quibus in eiusdem potestate erat (12). Huiusmodi autem donationes, introductis peculiis castrensi et quasi castrensi, ratae habebantur respectu filiorum, quia et ipsi singulare poterant habere dominium (13).

IV — Prohibitionis effectus erat ut donationes inter coniuges essent ipso jure nullae (14).

a) Extantibus ergo rebus donatis, donans iuxta earum diversam naturam poterat experiri actiones ad restitutionem; nempe vindicare res corporales (15); jus recuperare, cuius renunciasset adquisitioni, per condictionem sine causa (16); jus retinere, cui cessisset (17).

b) Rebus autem haud amplius extantibus, donatarius ad nihil tenebatur (18), nisi in quantum locupletior esset factus tempore litis contestatae (19). Quod si donatio in pecunia consisteret, ex qua donatarius res emerat, donans eas vindicare poterat per vindicationem in rem utilem (20).

Ceterum fructus non veniebant in restitutionem (21), exceptis iis per servos adquisitis (22).

§. 71. *Limites prohibitionis.*

I — Ad quatuor capita reducebantur limites prohibitionis: ad donationes cum effectu post dissolutum matrimonium — ad donationes, ex quibus pauperior non fiebat donans vel donatarius ditior — ad donationes moribus adprobatas vel lege — ad donationes, quae tractu temporis convalescebant.

II — *Donationes cum effectu post dissolutum matrimonium.* — Iam diximus validam fuisse donationem soluto matrimonio (1). Praeterea valebat donatio cum effectu post solutionem. Hinc:

(12) Frag. Vat. 269; ll. 3, 2 seq.; 26, 1; 32, 16 seq.; 38, XXIV, 1; ll. 3-5 C. v, 16.

(13) l. 3, 4, XXIV, 1. Cf. l. 32, 1 ib.

(14) ll. 3, 10, 11; 5, 1, 18; 36 pr.; 38, 1; 48; 52, 1 ib.

(15) ll. 3, 10, 11; 5, 18; 17, 1; 28, 5; 31, 2; 36 pr.; 38, 1; 48 ib.

(16) ll. 5, 6, 7; 6 ib. Cf. l. un. C. v, 13. Donatarius, qui jus ipsum adquisisset, debitor alterius coniugis evadebat (l. 5, 6, 7, XXIV, 1),

(17) Quia cessio erat invalida, et jus in sua vi persistebat (ll. 3, 10; 5, 1, 4, XXIV, 1).

(18) l. 28 pr. XXIV, 1.

(19) ll. 5, 17, 18; 7 pr., 3, 4; 16; 28 pr., 3, 4; 29 pr.; 50, 1; 55; 57 i. f.; 58, 2 ib.; ll. 8; 9; 17 C. v, 16. Donans utebatur condictione ad recuperandum id quo donatarius locupletior factus fuerat (ll. 5, 18; 6; 55, XXIV, 1).

(20) l. 55, XXIV, 1; l. un. 5, C. v, 13. Cf. ll. 29, 1; 30, XXIV, 1.

(21) ll. 17 pr.; 28, 2, XXIV, 1.

(22) ll. 17, 1; 28, 5 ib.

(1) Quare eodem tempore, quo solvebatur matrimonium divortio, poterat esse donatio (Ulp. VII, 1; ll. 11, 11; 12; 60, 1, XXIV, 1).

a) valida donatio cum praevisione deportationis, dummodo pro eo casu coniuges consensissent in solutionem matrimonii (2).

b) valida donatio mortis causa (3).

III — *Donatio ex quibus pauperior non fiebat donans, vel donatarius ditior.* — Prohibitio eo tendebat ut impediret quominus coniuges mutuo amore se spoliarent, nec amor coniugalis venalis fieret, nec concordia praetio conciliaretur, nec qui melior erat in paupertatem incideret, et qui deterior fieret ditior (4). Ubi cessaret hoc periculum, donatio admittebatur. Hinc :

a) valida donatio rei alienae, quam donatarius pro donato usucapere poterat (5).

b) valida donatio sepulchri ad usum coniugis donatarii (6).

c) valida donatio loci, in quo coniux promissum templum aut opus publicum construeret; vel rei alicuius Diis offerendae (7).

d) valida donatio servi ad hoc ut manumitteretur (8).

e) valida donatio in eo, ut quis se abstineret ab haereditate aut legato ad quae coniunctim cum alio, vel ad quae alter tamquam substitutus vocabatur (9).

f) valida donatio in eo, ut coniugem alter rogaret liberalitatem suam mortis causa in extraneum potiusquam in ipsum conferret (10).

IV — *Donationes moribus adprobatae vel lege.* — Probatae erant:

a) donationes, quae in quibusdam feriis fieri solebant penes romanos (11).

(2) ll. 13, 1; 43 ib. Eadem donatio facta in extraneum erat invalida et fisco cedebat (l. 7, XXXIX, 6).

(3) Quia coniux donabat post mortem suam (Ulp. VII, 1; ll. 9, 2; 10, XXIV, 1; l. 32, XXXIX, 6). Huiusmodi donatio mortis causa, uti notat Schupfer, distinguebatur a donatione mortis causa inter extraneos. Nam donatio mortis causa triplicem formam induere poterat: traditionis, stipulationis, acceptilationis. Si tradita res fuisset, inter extraneos traditio poterat fieri sub conditione suspensiva vel resolutiva (ll. 2; 29, XXXIX, 6); inter coniuges solummodo sub conditione suspensiva (ll. 11, pr. 1, 2, 9; 20, XXIV, 1; l. 76, XXVIII, 5; l. 40, XXXIX, 6) — Si stipulata fuisset, inter extraneos erat perfecta et praemortuo donatario donans condictionem habebat ad destructionem obligationis; inter coniuges vero erat imperfecta et praemortuo donatario nihil actum erat (l. 76, XXIII, 3; l. 52, XXIV, 1) — Si acceptilata fuisset, inter extraneos erat perfecta, et praemortuo donatario donans poterat condicere veterem obligationem (ll. 24; 35, 6, XXXIX, 6); inter coniuges erat imperfecta, et praemortuo donatario hic pariter nihil actum erat (Cf. l. 52, 1 i. f. XXIV, 1).

(4) ll. 1; 2; 3, XXIV, 1.

(5) l. 25 ib.

(6) l. 5, 8 ib.

(7) l. 5, 12 ib.

(8) Ulp. VII, 1; Paul. II, 23, 2; ll. 7, 9; 9, 1 ib.; l. 109 pr. XXX; l. 126, 1, L, 17; l. 22 C. V, 16.

(9) l. 5, 13, 14, XXIV, 1 — Cavebatur tamen ne animo donandi quis se abstineret ab adquisitione, ad quam alter jus non habebat (l. 44 ib.).

(10) l. 31, 7 ib.

(11) Scilicet quae mittebantur viris in Saturnalibus (Martial. IV, 89; V, 84), vel foeminis in kalendis Martii (Martial. V, 84; Iuven. IX, 53; Macrob. I, 12). Moribus admittebantur huiusmodi donationes (l. 31, 8, XXIV, 1).

b) donationes in utriusque coniugis utilitatem (12).

c) donationes dignitatis adipiscendae vel honoris adipiscendi causa (13).

d) donationes naturam alimentariam habentes (14).

e) donationes inter imperatorem et imperatricem (15).

f) donationes ad hoc, ut alter coniux parceret cuipiam expensae, (16) vel ut ante tempus reciperet quod sibi debebatur (17).

g) donationes mutuae (18).

V — *Donationes quae tractu temporis convalescebant.* — Tandem donatio per se nulla poterat tractu temporis convalescere; quod utique exceptionem constituebat (19).

Exceptio in eo consistebat, ut si donans antea vel simul cum donatario moreretur, (20) quin donationem expresse vel tacite revocasset (21), usque ad mortem tamen matrimonio perdurante, (22) vim sumeret validitatis neque donantis haeres revocationem exigere posset (23).

(12) ll. 31, 10; 58 ib. Cf. Paul. II, 23, 2; ll. 5, 2, 8 et seq.; 17 ib.

(13) Ulp. VII, 1; ll. 40-42 ib.; l. 21 C. V, 16.

(14) ll. 7, 1; 15 pr.; 18; 21; 28, 2; 31, 9, XXIV, 1; l. 11 C. V, 16.

(15) l. 26 C. V, 16.

(16) ll. 5, 8, 10, 12, 17; 21 pr., XXIV, 1.

(17) l. 31, 6 ib. — Non poterat tamen in matrimonio dos restitui.

(18) l. 7, 2 ib.

(19) l. 32 pr. ib. Disputatur quisnam imperator eam induxerit: nam alii Septimio Severo eam attribuunt (Frag. Vat. 276; l. 23, XXIV, 1; l. 10 C. V, 16); alii Caracallae (ll. 3 pr.; 32 pr., 1, XXIV, 1); alii utrique (Frag. Vat. 295; l. 3 C. V, 16).

(20) l. 32, 14, XXIV, 1; l. 8, XXXIV, 5; l. 26, XXXIX, 6.

(21) l. 32, 2 seq., XXIV, 1; ll. 3; 10; 12; 15; 18 C. V, 16.

(22) l. 32, 10, seq., XXIV, 1; l. 8, XXXIV, 5; l. 26, XXXIX, 6; ll. 6; 18 C. V, 16.

(23) l. 32, 1, XXIV, 1. Disputatur num exceptio de omnibus donationibus sit intelligenda (cf Nov. 162, C. 1); nec non circa huiusmodi donationis efficaciam juridicam.

TRACTATUS TERTIUS

DE JURE POTESTATIS

SECTIO PRIMA — DE POTESTATE MARITALI

CAPUT UNICUM.

§. 72. *In matrimonio solemni.*

I — In matrimonio solemni potestas maritalis eadem fere erat ac potestas patria (1), quia uxor loco filiae censebatur respectu mariti, vel loco neptis respectu avi paterni, qui virum in sua potestate habuisset (2). Stricto sensu appellabatur *manus* (3).

Origo potestatis maritalis petenda ex triplici illa forma solemni matrimonii, nempe per confarreationem, coemptionem et usum (4).

(1) Gai. I, 162; II, 86, 90, 96, 98; III, 82-84, 163; IV, 80.

(2) Gai. I, 148; III, 3; Ulp. XXII, 14.

(3) Gai. I, 109 seq; Servius, *ad Virg. Georg.* I, 31. Lato sensu *manus* omnem patrisfamilias potestatem significabat, cuius juris originem quidam a jure proprietatis repetunt.

(4) Quae forma triplex olim semper fuit coniuncta, juxta nonnullorum sententiam. Veteres non considerabant manum nisi in matrimonio; adeo verum est, ut uxor sit in manu mariti, licet tamquam nurus esset in potestate patris eiusdem mariti. Si manus seiuncta a matrimonio esset consideranda, non marito, sed ipsius patri conpetere debuisset (Gai. I, 148; II, 159; III, 3; Ulp. XXII, 14; Coll. XVI, 2, 3). - Ceterum confarreatio, coemptio, usus, per quas manus adquirebatur, erant verae formae matrimonii.

Dein *manus* oriri poterat etiam seiunctim a matrimonio; et haec est ratio cur manus cum matrimonio non debeat confundi. Id eveniebat triplici in casu: sacrorum interimendorum gratia, testamenti faciendi gratia, tutelae mutandae aut vitandae gratia; et quidem per solam coemptionis formam.

Coemptio sacrorum interimendorum gratia introducta fuit ad interimenda sacra familiae. (Tria erant sacrorum genera: Festus: *Publica Sacra*). Cum enim sacra intimo nexu cum patrimonio familiari coniungerentur, haeres simul cum bonis obligationem suscipiebat sacra familiae perpetuandi (Cic. *de leg.* II, 19, 20, 21. Cf. Plaut. *Capt.* I, 4, v. 704 : *Trin.* II, 4, v. 451): quod onus nimis grave erat, et inventa est favore mulierum ratio ipsum vitandi per coemptionem (Cic. *pro Murena*, 12). Femina cum aliquo servo suo (qui servus eligebatur senex: unde appellatio *senis coemptionalis* ad indicandum servum sic manumissum: cf. Plaut. *Bacch.* IV, 9, v. 93), quem prius manumisisset, matrimonium simulabat. Huic dein mulier repudium mittebat cogebatque ad remancipandam (Gai. I, 137a; l. 61, XXIV, 1; Martial. *Ep.* X, 41).

Simili modo, cum femina sine tutoris auctoritate testari non posset, ad hanc obligationem vitandam cum aliquo coemptionem faciebat adiuncto pacto fiduciae, ut dein extraneo manciparetur; qui extraneus eam manumittens fiebat eius tutor fiduciarius, et cogebatur interponere auctoritatem suam (interpositio dicis causa :

II — Plurima jura marito ex manu competebant: jus quasi proprietatis; jus animadvertendi et puniendi; jus de uxore disponendi; tutorem dandi.

a) *Ius quasi proprietatis* — Utique verum dominium non poterat admitti, nec vera possessio (5); aliquod tamen jus simile huic. Ut omittamus modum, quo oriebatur manus per usum, nempe usucapionem, certum est potuisse maritus uxorem vindicare (6) et interdicto uti ad uxoris restitutionem aut ad prohibitionem quominus ab alio secum duceretur (7).

b) *Ius animadvertendi et puniendi* — Olim hoc jus usque ad mortem se porrigebat (8); non vero licitum erat uxorem nisi in adulterio deprehensam, simulque adulterum, interficere (9). Cum agebatur de graviter in uxorem animadvertendo adhibendum erat consilium domesticum (10); secus saltem incurrebatur censoria nota (11).

c) *Ius disponendi* — Poterat uxorem noxae dare (12); non autem lucri causa mancipare (13). Plerique putant potuisse maritum etiam alteri uxorem commodare (14).

d) *Ius tutorem dandi* — Maritus in testamento poterat uxori tutorem assignare (15). Dein inductum est eidem optionem relinquere quem velit sibi tutorem eligere (16).

III — Effectus manus maritalis conveniebant cum illis, qui inter filiam eiusque patremfamilias oriebantur. Quaedam iam exposita superius sunt et uberius redibit sermo in sectione altera. Bona uxoris ad maritum transibant (17), iis exceptis quae per capitis deminutionem amittebantur (18).

Gai. I, 115a; II, 112, 118; Ulp. XX, 15; Paul. III, 4a, 1).

Idem dicendum de coemptione fiduciaria tutelae vitandae causa.

(5) Gai. II, 90; ll. 1, 8; 23, 2; 30, 1, XLI, 2.

(6) Quamvis non absolute, sed causa adiecta. Cf. l. I, 2, VI, I.

(7) l. 2, XLIII, 30; l. 11 C. V, 4. Si uxor qualitatem suam denegasset, marito succurrebatur per actionem praeiudicialem seu status vel conditionis (l. 12, VI, 1), aut per cognitionem seu notionem praetoriam (l. 3, 3, XLIII, 30).

(8) Tac. *Ann.* II, 50; XIII, 32; Plin. *H. N.*, XIV, 3; Liv. XXXIX, 18; Polib. VI, 2; Val. Max. VI, 3, 9.

(9) l. 32, XLVIII, 5; Coll. IV, 2; Gell. X, 23; Sen. *de ira* 1, 16, 32; Quintil. V, 10, 104; VII, 1, 7; *declam.*, 277. Cf. infra par. 73 seq. n. 7.

(10) Tac. Ann. XIII, 32; Plin. *H. N.* XIV, 14; Gell. X, 23.

(11) Val. Max. II, 9, 2.

(12) Cf. l. 9, 1, XXVII, 6.

(13) Plut. *Rom.*, 22.

(14) Innituntur facto Catonis: Vell. Paterc. II, 93, 94; Tac. *Ann.* I, 10; V, 1; XV, 59; Dio. XLVIII, 44; LIX, 12; Plut. *Cato min.*, 25; App. II, 99; Lucan. II, 40; Quintil. III, 5, 11; X, 5, 13.

(15) Gai. I, 148.

(16) Lex Salpens. XXII ap. Bruns p. 143. Cf. Liv. XXXIX, 19.

(17) Gai. II, 98; III, 83, 163; Ulp. XIX, 18, 19.

(18) Gai. III, 83, 114; IV, 38. Cf. par. 3 i. III, 11. At Praetor concessit creditoribus uxoris, quae in manum convenisset, utiles actiones (Gai. III, 84; IV, 38; l. 2, 1, IV, 5), quia elementum naturale obligationum semper remanebat (ll. 2, 2; 8, IV, 5). Imo quaedam obligationes non extinguebantur per conventionem in manum (Gai. III, 84; l. 2, IV, 5).

IV — Manus solvebatur :

a) per mortem naturalem vel civilem eius, qui eam tenebat (19).

b) per emancipationem uxoris (20).

c) per diffarreationem in matrimonio confarreato (21).

§. 73. *In matrimonio non solemni.*

I — Diversa erat potestas maritalis in matrimonio non solemni. Uxor non erat loco filiae, sed potius socia viri (1). Non poterat nihilominus non agnosci natura subiectionis muliebris; etiam in hoc matrimonio uxor se marito committebat (2).

II — Mariti jura circa uxorem suam erant :

a) quod uxor domicilium eiusdem sequeretur (3), quemadmodum eius sequebatur conditionem (4). Ad hunc finem marito praesto erat interdictum de uxore exhibenda et ducenda, etiam contra patremfamilias (5).

b) quod uxor incumberet familiae continuationi, cujus et caput et finis erat (6). Huic continuationi cum opponeretur adulterium, iam vidimus quod maritus ipsam in adulterio deprehensam occidere cum moecho poterat (7); secus, divertere a matrimonio (8).

c) quod reverentiam et obedientiam praestaret (9).

III — Maritus in bonis uxoris, dote excepta, nullum jus habebat. Haec bona uxoris erant et vocabantur *parapherna* (10), nihilque maritus poterat praeterquam quod ab uxore recepisset (11). Quo in casu, si de nominibus seu foeneraticiis actionibus ageretur, quae uxor marito dedisset, ut paraphernorum loco apud eum essent, concessa

(19) Gai. I, 127, 128, 137.

(20) Gai. I, 137a . Haec emancipatio peragenda necessario erat in casu divortii, et si manus fictitie contracta fuisset (Gai. I, 118, 118a, 137a).

(21) Fest., *Diffarreatio, Remancipatam.*

(1) Etiam in matrimonio solemni uxor, quamvis iuridice respectu viri esset filia familias, respectu familiae considerabatur uti mater familias. Veluti in duplici conditione versabatur : Boeth. *Top.* III, 14; Serv. *Ad Aen.* IV, 214.

(2) l. 8 C. V, 14.

(3) l. 19, II, 1; l. 65, V, 1; l. 5, XXIII, 2; l. 38, 3, L, 1; l. 9 C. X, 39; l. 13 C. XII, 1; l. 7 C. Th. II, 1. Excipiebatur casus, in quo maritus esset vagus, vel exul ob delicta patrata: l. 24 C. V, 16; l. 22 C. IX, 47; l. 18 C. Th. IX, 40; l. 1 C. Th. IX, 42.

(4) l. 8, I, 9; l. 9 C. X, 39; l. 13 C. XII, 1; l. 7 C. Th. II, 1.

(5) l. 2, XLIII, 30; l. 11 C. V, 4.

(6) l. 195, 5, L, 16.

(7) Cf. par. 72 praec., II, b. et n. 9 — l. 3, 3, XXXIX, 5.

(8) l. 8, 3 C. V, 17; Nov. 117, C. 8, 2. Punitio mulieris adulterae, sed in adulterio non deprehensae, ad auctoritatem publicam spectabat: Paul. II, 26, 14; ll. 4; 17 C. IX, 9. Cf. Tac. II, 50; Plin. *Ep.* VI, 31.

(9) Cf. l. 8, 3 C. V, 17; Nov. 22 C. 15, 2; Nov. 117 C. 8.

(10) l. 9, 3, XXIII, 3; l. 8 C. V, 14.

(11) ll. cc.

fuit eidem uxori a Iustiniano hypotheca super bona illius (12). Ceterum in praxi administratio omnium mulieris bonorum erat penes maritum; imo semper extabat praesumptio quod bona apud uxorem inventa ad maritum pertinerent, nisi contrarium probatum fuisset (13).

IV — Uxor quoque sua jura habebat, praeter illud in bonis paraphernalibus :

a) uxor jus habebat ad habitationem cum marito, et ad alimenta aliaque necessaria (14).

b) jus ad coniugis fidelitatem; quare a coniuge infideli poterat divertere (15).

c) jus ad reverentiam, cum et ipsa esset domina (16).

d) demum illa omnia jura communia cum marito habebat, quae superius recensentur; scilicet ad beneficium competentiae, prohibitionem quod coniux testimonium contra se facere posset, prohibitionem quod coniux actionem famosam proponeret etc.

SECTIO SECUNDA — DE POTESTATE PATRIA

CAPUT I.

ORIGO POTESTATIS PATRIAE.

§. 74. *Potestas patria in genere.*

I — Potestas patria late sumpta omnes prorsus personas complectebatur, quae in familia erant, etiam personas serviles; eiusque vis fere dominio comparabatur (1). Pater sibi personas adquirebat quasi res ipsas, nempe per accessionem, generationem, contractum (mancipationem). Et quidquid ipsae personae lucrabantur, paterfamilias lucrabatur quasi per res (2).

II — Talis potestas propria erat civium romanorum quoad filios. Revera, jure naturae inspecto potestas patria eo tendit ut filii edu-

(12) l. 11 C. v, 14.

(13) l. 51, xxiv, 1; l. 6 C. v, 16. Haec praesumptio appellata est *praesumptio Muciana*.

(14) ll. 7 pr.; 75, xxiii, 3; l. 4, xxiii, 4; ll. 21 pr., 1; 28, 6, 7; 31, 8, 9, xxiv, 1; l. 22, 8, xxiv, 3; l. 11 C. v, 16.

(15) l. 8, 2 C. v, 17; Nov. 117 C. 9, 5.

(16) l. 41, xxxii; l. 8, 2 C. v, 17; Nov. 74 C. 4 praef.: Nov. 117 C. 9, 3.

(1) Dio. viii. 79; Lact. *div. inst.* iv, 3. Cf. par. 9, i. iv, 1; l. 14, 13, xlvii, 2.

(2) Discrimen inter personas et res hoc erat. Res, quia intellectu carentes, adquirebant solummodo per generationem, accessionem etc.; personae praeterea etiam per intellectum. Hinc adquisitiones juridicae ex parte eorum: Gai. ii, 86 seq.; Ulp. xix, 18; i. ii, 9.

centur; quo in munere in patris defectu mater succedit, imo verius cum patre concurrit. Cum autem ad eam pervenerint aetatem, in qua perfecti homines facti sunt sibique prospicere possunt, iam cessat patriae potestatis finis.

E contra in jure romano:

a) masculus tantum habebat patriam potestatem (3), et quidem si civis romanus (4).

b) non erant limites in aetate filii, et ad descendentes cuiuscumque gradus producebatur (5).

c) maxima erat in sua vi; solummodo pedetentim ad tramitem juris naturae redacta fuit.

Iure merito ergo interpretes in patrefamilia romano plenitudinem potestatis agnoscunt, ita ut esset non solum dominus, sed et rex et iudex et sacerdos. Mores et iudicium domesticum ipsam temperabant.

III — Quemadmodum personae, ita et bona regebantur ab uno patrefamilias (6). Utique uxor et filii veluti socii traducuntur in patrimonio familiari (7); reapse tamen administrationem ullam poterant habere, et, uti diximus, quidquid adquirebant, capiti seu patrifamilias adquirebant.

§. 75. *Primus modus quo adquirebatur (generatio).*

I — Primus modus, quo quis patriam adquirebat potestatem in filios erat generatio; nam qui nascebantur, in potestatem patris veniebant (1). Nativitas ut in tempore legali contingeret opus erat; non enim filius mariti, nec sub eius potestate censebatur ille qui ante septimum mensem initi matrimonii aut post decimum nasceretur.

II — Nihilominus haud dicendum quod vir per simplicem generationem potestatem in filios adquisierit: duo conditiones reequirebantur, scilicet ut generans sui juris esset, et ut generatio in matrimonio fieret.

(3) par. 10 i. I, 11.

(4) Gai. I, 55, 93; Ulp. X, 3; par. 2 i. I, 9; par. 1 i. I, 12; l. 3, I, 6. Cf. Dio. II, 26.

(5) par. 3 i. I, 9; l. 4, I, 6. Cf. par. 10 i. I, 12.

(6) Gai. II, 104; l. 195, 1, L, 16. Cf. Ulp. XX, 2.

(7) Quare matrimonium a Liv. I, 9 describitur veluti « *societas fortunarum omnium civitatisque* ». Cf. Columel. *R. R.* XII, praef. Inde etiam filii appellabantur *sui*, quasi patri succedendo ad sui patrimonii possessionem liberam pergerent, non autem novum patrimonium adipiscerentur (Gai. II, 157; par. 2 i. II, 19; l. 11, XXVIII, 2. Cf. par. 3, i, III, 1).

(1) Gai. I, 55; pr. i. I, 9; l. 4, I, 6.

a) Generans debebat esse sui juris; si generans et ipse alieno juri subiectus esset, filius nascebatur sub potestate illius, qui caput familiae fuisset (2). Imo nec sufficiens erat quod generans sui juris esset quando filius nascebatur, sed opus erat ut talis quoque esset tempore conceptionis : secus filius nascebatur sub potestate illius qui tunc temporis generantem sibi habebat subditum (3).

b) Generatio fieri debebat in matrimonio iusto (4); si matrimonium erat iniustum, filius non nascebatur sub potestate (5); et si postea iustum evasisset, ex tunc quidem nati ad potestatem pertinebant generantis. Excipiebantur casus, in quibus nati ex iniusto matrimonio in potestatem generantis incidebant, recepta ab isto civitate romana (6).

§. 76. *Secundus modus (legitimatio).*

I — Legitimatio erat actus, quo jura legitimorum liberorum naturalibus liberis tribuebantur. Classicae jurisprudentiae ignota fuit, et tantummodo sub imperio christiano introducta (1), licet dici possit quod si non verbis, re tamen effectus legitimationis etiam antea haberetur (2).

II — Triplex erat legitimationis modus, nempe per subsequens matrimonium, per oblationem curiae et per rescriptum principis.

a) *Per subsequens matrimonium* — Constantinus (3) auctor fuit quod prima introduceretur ratio, qua naturalis liber familiae adscriberetur patris. Statuit, ut siquis concubinam duceret uxorem, liberos antea susceptos ex ea legitimos haberet. Quod quidem confirmatum a Zenone (4), dein tamquam jus perpetuum a Iustiniano inductum est (5).

b) *Per oblationem curiae* — Theodosius et Valentinianus aliud auxilium patribus paraverunt relate ad liberos naturales. Ut opibus

(2) par. 3 i. I, 9; l. 4 cit.

(3) Gai. I, 135: par. 9. i. I, 12.

(4) Gai. I, 56, 57, 76. Cf. Ulp. V, 7.

(5) ll. 19; 24, I, 5.

(6) Gai. 29, 32, 65-70, 95; II, 142; III, 5; Ulp. III, 3; VII, 4; Coll. XVI, 3, 7, 15.

(1) Nov. 89 praef.

(2) Nempe quando filius in potestatem patris, sub qua prius non erat, redigebatur, uti in casibus a Gaio I, 66 et seq. citatis; item in casu singulari quod matrimonium invalidum ex ignorantia contraheretur (l. 57, 1, XXXIII, 2), vel etiam per adrogationem liberorum naturalium (quae adrogatio dein a Iustino et Iustiniano fuit reprobata: l. 7 C. V, 27; Nov. 74, C. 3; Nov. 89, C. 11, 2).

(3) Cf. l. 5 C. V, 27.

(4) l. 5 C. V, 27.

(5) par. 2 i. III, 1; ll. 10; 11 C. V, 27; Nov. 12, C. 4; Nov. 18, C. 11; Nov. 74, C. 1; Nov. 89, C. 8.

adiuvarent ordinem decurionalem, qui ob gravia decurionibus imposita onera fere deserebatur, novum hunc legitimationis modum introduxerunt (6). Iustinianus confirmavit (7).

c) *Per rescriptum principis* — Hanc formam Iustinianus invexit (8).

III — Conditiones ad legitimationis validitatem aliae communes omnibus modis legitimandi, aliae speciales erant quibusdam.

1⁰ Communiter requirebatur:

a) ut filius esset proprie naturalis: repellebantur filii ex incestis et nefariis nuptiis (9).

b) ut filius consentiret (10).

2⁰ Speciatim requirebatur :

a) quoad primum modum, ut matrimonium revera contraheretur (11), et quidem instrumentis intercedentibus (12).

b) quoad alterum modum, ut fieret inscriptio filii naturalis in ordinem decurionum, vel ut filia naturalis decurioni nuberet (13).

c) quoad tertium modum, ut matrimonium contrahi cum concubina non posset, nec liberi legitimi praeexisterent (14).

IV — Effectus legitimationis diversi quoque erant pro diversitate formae adhibitae. Nam per primam et tertiam legitimationis formam liberi consequebantur omnia legitimorum jura et patri subiiciebantur ipsi eorumque descendentes (15). Per alteram vero formam, nempe per oblationem curiae, non consequebantur nisi quoddam cum patre personale vinculum legitimum, sed non in eius ingrediebantur familiam (16).

§. 77. *Tertius modus (adoptio).*

I — Adoptio erat actus, quo in familiam adsciscebatur qui tempore adoptionis extraneus erat; sive tamquam filius, sive tamquam

(6) l. 3 C. v, 27.
(7) l. 9 C. ib.; Nov. 89, C. 2; 3. Cf. par. 2 i. III. 1.
(8) Nov. 74, C. 1; 2; Nov. 89, C. 9.
(9) ll. 5; 10; 11 C. v, 27; Nov. 89, C. 2; 8; 9.
(10) Nov. 89, C. 11.
(11) par. 13 i. I, 10; l. 10; 11 C. v, 27; Nov. 74 praef; Nov. 89, C. 8.
(12) Id alii negant.
(13) par. 14 i. I, 10; ll. 3; 4; 9, 3, C. v, 27; Nov. 89, C. 2; Nov. Th. XXX, XXXI.
(14) Nov. 74, C. 1; 2; Nov. 89. C, 9 Facultatem impetrandi legitimationem per rescriptum nonnumquam ipsi filii habebant, si quidem pater in testamento scripsisset se velle ut legitimi essent sibique succederent (Nov. 74, C. 2, 1; Nov. 89, C. 10)
(15) par. 3 i. I, 10; par 2 i. III, 1; ll. 10; 11 C. v, 27; Nov. 74, C. 2; Nov. 89, C. 9.
(16) l. 9 C. v, 27; Nov. 89, C. 3 pr., 4.

quam nepos (1). In hoc secundo casu vel quis directe sibi uti nepotem adoptare aliquem poterat, vel indirecte media filii persona (2).

II — Adoptio distinguebatur ratione personae, quae poterat adoptari in adoptionem simplicem (dationem in adoptionem) et adrogationem. Ratione etiam temporis distingui etiam poterat in adoptionem perfectam seu regularem (jure anteiustinianeo) et adoptionem imperfectam seu irregularem (jure iustinianeo).

Adoptio simplex fiebat in persona alieni iuris: adrogatio in persona sui iuris (3). Adoptio regularis gignebat patriam potestatem; nullam vero adoptio irregularis (4).

III — *Adoptio simplex* — Fiebat antiquitus per triplicem mancipationem et duplicem manumissionem, si de filiis ageretur; per unam mancipationem, si de ceteris liberis (5). Poterant adoptari tam masculi quam foeminae (6). Quia vero adoptio naturam imitabatur (7), et patriam gignebat potestatem (8), necnon in solatium erat illorum qui filios non haberent, pronum est deducere quasnam postulasset conditiones. Revera requirebatur:

a) ut adoptans esset sui iuris.

b) ut esset masculus (9).

c) ut esset matrimonii capax (10). Spadones poterant adoptare; non item castrati (11). Attamen non ita facile concedebatur adoptio illi qui sexagesimum annum haud excessisset, quia potius generationi incumbere debuisset (12).

d) ut plena pubertate adoptans antecederet adoptandum (13).

e) ut nullum alium liberum haberet; excipiebatur iusta et gravis causa (14).

f) ut de se causa adoptionis esset perpetua (15). Si adoptatum emancipasset quis vel alii dedisset in adoptionem, non poterat amplius rursus eum adoptare (16).

(1) l. 1 pr. I, 7.

(2) Ulp. VIII, 7; par. 5, 6 i. I, 11; ll. 15, 1; 37 pr.; 43, I, 7.

(3) Gai. I, 98, 99; Ulp. VIII, 2, 3; par. 1 i. I, 11, ll. 1, 1; 2, I, 7. Cf. Gell. V, 19; Cic. *pro Domo*, 29, 77.

(4) par. 1, 2 i. I, 11.

(5) Gai. I, 134; Svet. *Octav.* 64; Plin. *Ep.* VIII, 18; Gell. V, 19. Cf. l. 11 C. VIII, 48.

(6) Gai I, 101; Ulp. VIII, 5.

(7) par. 4 i. I, 11; l. 16, I, 7.

(8) pr. i. ib.

(9) Gai. I, 104; Ulp. VIII, 7a; par. 10 i. ib.

(10) Gai. I, 103; Ulp. VIII, 6; par. 9 i. ib.; ll. 2, 1; 40, 2, I, 7.

(11) par. 9 i. ib.

(12) l. 15, 2, I, 7. Hoc tamen alii contendunt esse proprium adrogationi.

(13) par. 4 i. I, 11; ll. 15, 3; 16; 40, 1, I, 7.

(14) Nam per adoptionem deminuebatur jus filii legitimi naturalis, nec etiam ipse adoptatus quod sibi fortasse ex adoptione sperandum erat, recipiebat (ll. 15, 3; 17, 3, I, 7). Sed et hanc conditionem propriam fuisse adrogationi alii contendunt.

(15) l. 34, I, 7.

(16) l. 37, 1 ib.

g) ut omnes demum consentirent, quorum intererat (17).

IV — *Adrogatio* — Olim in adrogatione servabatur forma solemnior coram populo (18). Ad hoc comitia curiata inserviebant, in quibus rogabatur et adoptans et adoptandus: unde verbum adrogatio (19). Dein successit forma per imperiale rescriptum (20).

Conditiones, quae requirebantur in adrogatione, praeter eas quas nuper de adoptione memoravimus, erant sequentes:

a) excludebantur ab adrogatione feminae, et antiquitus etiam impuberis masculi (21).

b) adrogatus non solum ipse, sed et liberi eius qui tunc sub potestate erant, vel postliminio redibant, vel postea nascebantur, potestati adrogatoris subiiciebantur (22).

c) si de minori ageretur, necessarius erat consensus curatoris (23).

d) si autem de impubere, post epistolam divi Antonini adrogatio non admittebatur nisi causa cognita. Scilicet primo fiebat investigatio circa causam adrogationis tutoribus et propinquis adstantibus; (24) insuper adrogans cavere debebat servo publico (25) se ea retituturum, quae ex bonis adrogandi sibi obvenissent, illis ad quos perventura essent, si adrogandus in suo statu permansisset (26); etiam prohibebatur quominus adrogans emanciparet adrogatum, nisi causa cognita et bonis restitutis (27): tandem si sine iusta causa adrogans illum emancipasset, praeter ea quae iam impuberis erant, cogebatur ei relinquere quartam bonorum suorum partem (28).

V — *Adrogatio perfecta* — Erat illa, quae patriam gignebat potestatem, de qua modo diximus. Per ipsam adoptatus et nomen se-

(17) par. 7 i. I, 11; ll. 5; 6; 25; 29 ib. Adoptatus pubes factus poterat emancipationem petere (ll. 32 pr.; 33 ib.)

(18) Huic fortasse adiungebatur sacrorum detestatio, per quam a sacris familiae adrogandus liberabatur. Cf. Gell. VI, 12; XV, 27.

(19) Gai. I, 99; l. 2 pr. I. 7. Circa hanc formam cf. Cic. *pro dom.*, 13, 14; Tac. *Hist.* I, 15; *Ann.* XII, 26, 41 Gell. V, 19. Adrogatio fieri poterat tantummodo Romae; adoptio et in provinciis (Gai. I, 100; Ulp. VIII, 4). Hisce publicis comitiis dein successit 30 lictorum coetus veteres curias repraesentantium.

(20) par. 1 i. I, 11; l. 21, I, 7; ll. 2; 6; 8 C. VIII, 48. Cf. Tac. *Hist.* I, 18; Svet. *Galba*, 17.

(21) Gai. I, 101, 102; Ulp. VIII, 2-4. Cf. Gell. V, 19.

(22) Gai I, 107; Ulp. VIII, 8; par. 11 i. I, 11; ll. 2, 2; 15 pr.; 40 pr. I, 7; l. 3 pr. IV, 5. In adoptione simplici e contra non subiicebantur potestati adoptantis liberi concepti ante adoptionem.

(23) l. 8, I, 7.

(24) Gai I, 102; par. 3 i. I, 11; l. 17, 1, 2, I, 7; l. 2 C. VIII, 48; Gell. V, 19. Et quidem si plures erant tutores, omnes auctoritatem suam interponere debebant (l. 5 C. V, 59).

(25) Dein tabulario.

(26) par. 3 i. I, 11; ll. 18-20, I, 7.

(27) par. 3 i. cit.; l. 13, XXXVIII, 5.

(28) Quae quidem quarta adrogato contingebat etiam in successione adrogantis, et appellatur *Quarta Antonina* (par. 3 i. I, 11; l. 13, XXXVIII, 5. Cf. l. 8, 15, V, 12; l. 2, 1, X, 2 l. 1, 21, XXXVII, 6). Ceterum, si adrogans ex bonis adrogati quidquam fraudulenter alienaverit, adrogato praesto erant actiones Calvisiana et Faviana (l. 13 cit. XXXVIII, 5).

quebatur et familiam et dignitatem adoptantis (29), sic tamen ut per adoptionem non minueretur dignitas, sed augeretur (30).

VI — *Adrogatio imperfecta* — E contra erat illa, quae nullam gignebat patriam potestatem. Iam aute Iustinianum species quaedam adoptionis imperfectae aderat, quando scilicet fuit feminis permissum adoptare, quibus antea non licebat (31). Huiusmodi adoptio non permittebatur nisi mulieri, quae filios amisisset, in eius solatium; et quidem per rescriptum principis (32).

Sed vere fuit Iustinianus, qui totum pene ius adoptionis immutavit, discrimen ponens inter adoptionem quae ab ascendente fiebat et illam quae ab extraneo. Istius mutationis ratio habetur in par. 14 i. III, 11. Quoad adoptionem ab ascendente factam nihil immutatum fuit ex iure veteri; at in altera constitutum est, ut illesa permanerent patris naturalis iura, et nihil ad patrem adoptantem transiret, nec adoptatus eius subiiceretur potestati, reservata tantummodo adoptato successione in bonis adoptantis qui intestatus decessisset (33).

Iustinianus mutavit quoque formam adoptionis simplicis, et dein apud competentem iudicem fieri poterat (34).

CAPUT II.

EFFECTUS PATRIAE POTESTATIS.

§. 78. *Pater quoad personas liberorum.*

I — Quamvis non absolute admitteretur quod patria potestas esset propria civium romanorum (1), tamen certum est illam fuisse amplissimam (2), ita ut fere dominio, uti innuimus, comparari posset.

(29) ll. 23; 26; 44, I, 7. Amittebat omnia jura agnationis in propria familia, dumtaxat jura cognationis et adfinitatis retinens (l. 23, I, 7; l. 1, 4, XXXVIII, 8; l. 4, 10, XXXVIII, 10; l. 2, 3, XXXVIII. 16). Ratio erat quia capitis deminutio intercedebat; in adoptione simplici propter mancipationem (Gai. I, 162), in adrogatione quia quis sui iuris esse desinebat (Paul. III, 6, 29). In adrogato extinguebantur fere omnes obligationes; praetor tamen concesserat utiles actiones eius creditoribus (Gai. III, 84; IV, 38; l. 2, 1, IV, 5).

(30) l. 35, I, 7.

(31) l. 29, i. V, 2.

(32) par. 10 i. 1, 11; l. 5 C. VIII, 48.

(33) par. 2 i. I, 11; l. 10 C. VIII, 48. Quare successio universalis, quae ante Iustinianum in adrogatione fiebat (Gai. II, 86, 90, 96, 98; III 82, 83. Cf. ib. IV, 80; pr., 1 i. III, 10) evanuit in legislatione iustinianea (par. 2, 3 i. III, 10).

(34) par. 1, i. I, 11; par. 8 i. I, 12; l. 11 C. VIII, 48.

(1) Uti contendit Gaius I, 55, et confirmat Iustinianus in par. 2 i. I, 9. Sunt qui negant, exempla adducentes Hobreorum, Persarum, Gallorum, et, in ipsa Italia, Latinorum (Caes. *de bel. gal.* VI, 19; Liv. XLI, 8).

(2) Quod argui potest ex l. c. Gai. I, 55.

Patria potestas praesumebatur ex eo, quod quis in matrimonio legitimo generasset (3); probationes autem paternitatis legitimae superius iam expositae sunt (4).

II — In legislatione veteri principaliora iura patrisfamilias erant:

a) jus vitae necisque. Fuit paulatim abolitum (5).

b) jus vendendi; quod pariter paulatim disparuit (6).

c) jus noxae dandi (7). Hoc jus in desuetudinem sensim sine sensu abiit, et dein a Iustiniano prohibitum prorsus fuit (8).

d) jus exponendi (9). Fuit huiusmodi jus a legibus improbatum (10), immo eius exercitium comparatum est quasi occisioni (11). Imperatores curam habuerunt eorum qui exponebantur, sed vera prohibitio intercessisse non videtur; solummodo poena constituta, et exponens non amplius expositum repetere poterat (12).

III — In nova legislatione principaliora jura patrisfamilias fuerunt:

a) jus animadvertendi (13).

b) jus etiam in casu necessitatis vendendi, sed solum filios sanguinolentos (14).

c) jus ut filius sequeretur domicilium paternum (15).

d) jus ne matrimonium filius iniret sine patris consensu (16).

e) jus dandi impuberibus tutores necnon substituendi eis pupillariter in testamento (17).

f) jus agendi in iudicio propter liberos. Quare patri concedebatur actio iniuriarum (18), actio ex lege Aquilia (19), actio furti ob filium subreptum (20); interdicta quoque de liberis exhibendis et ducendis (21).

(3) l. 8, XXII, 3.

(4) Cf. supra par. 39, 2°, pag. 57.

(5) Coll. IV, 78; l. 11, XXVIII, 2; l. 10 C. VIII, 47; l. 6 C. Th. VI, 8; Dion. Alic. II, 15, 26; VIII, 79; Liv. I, 26; II, 41; *Epit.* I, IV; Plut. *Public.* 6; Gell. V, 19; Fest., *Sororium*.

(6) Dion. Alic. II, 27; Plut. *Numa*, 17.

(7) Gai I, 140; IV, 75 seq.; l. 3, 4, XLIII, 29.

(8) par. 7 i. IV, 8.

(9) l. 29, XL, 4; l. 16 C. V, 4.

(10) l. 6 C. VIII, 47.

(11) l. 4, XXV, 3.

(12) C. I. VIII, 52; C. Th. V, 7; V, 8; XI, 27.

(13) l. 3 C. VIII, 47; l. un. C. IX, 15; l. 1 C. Th. IX. 13. Poenae stricto sensu sumptae irrogabantur a publica auctoritate (ll. cc.).

(14) l. 2 C. IV, 43. Cf. Paul. V, 1, 1; Frag. Vat. 26; l. un. C. Th. V, 8; Nov. Valent. III, 34.

(15) ll. 3, pr., 1-3; 5, XLIII, 30. Cf. ll. 3, 4; 7, 11, L, 1.

(16) Paul. II, 19, 2; pr. i. I, 10; ll. 2; 18; 35, XXIII, 2; ll. 5; 12 C. V, 4.

(17) Gai. I, 147; II, 179; Ulp. XXIII, 7; par. 4 i. I, 13; par. 5 i. I, 14; l. 1, 1, XXVI, 2.

(18) l. 1, 3, XLVII, 10.

(19) ll. 5, 3-7 pr., IX, 2.

(20) par. 9 i. IV, 1; ll. 13; 14; 38, 1, XLVII, 2.

(21) D. XLIII, 30; C. VIII, 8. Cf. l. 1, 2, VI, 1.

§. 79. *Pater quoad bona liberorum.*

I — Pater unam eamdemque personam cum suis liberis constituebat, ita ut olim liberi nullum prorsus patrimonium proprium haberent (1). Quod si quid filio concessisset pater, id in meram administrationem concessum erat, veluti servo, qui peculium habere poterat (2): dominium semper erat penes patrem (3). Omnia quae filius adquirebat, patri adquirebat.

Proinde omnia jura, quae sibi filius comparasset (4), omnes res (5), possessio (6), servitutes reales (7), servitutes personales (8), haereditates et legata (9), jura obligationum (10), actiones (11), exceptiones (12), in universum patri cedebant.

II — Quamvis autem filius in adquirendo nihil sibi profecisset, ita ut prorsus dependeret a patre suo, non tamen idem eveniebat in obligando, quia, uti mox videbimus, filius obligationes suscipere poterat etiam in personam propriam.

Dein paulatim eo deventum est, ut patrimonium singulare filiis recognitum fuerit. Exinde familiae patrimonium multiplex evasit, neque unice ad personam patris spectabat.

§. 80. *Liberi quoad bona.*

I — In publico filiifamilias considerabantur veluti sui juris (1), sed in jure privato nonnisi serius, evoluta peculiorum doctrina, quamdam consecuti sunt independentiam in rebus patrimonialibus. Iampridem quorumdam bonorum administratio illis est commissa a ratio-

(1) Gai. II, 87, 96; Ulp. XIX, 18, 19.

(2) D. XV, 1.

(3) par. 1 i. II, 9; l. 28, 2, II, 14; l. 7. pr., 1-5, XXXIX, 5; l. 5, XLVI, 2.

(4) Gai. II, 87; par. 1 i. II, 9.

(5) Gai. II, 89, 90; ll. 10 pr., 2; 63 pr., XLI, 1.

(6) Gai. II, 89. Olim possessio non poterat obtineri nisi per eum, qui vere possideretur, nempe per servum (l. 21 pr., XLI, 1; l. 1, 14, 15, 22, XLI, 2). Dein admissum est quod possessio etiam per filium adquireretur (Gai. II, 89; l. 18, XLI, 2); solummodo dubitabatur de adquisitione possessionis per uxorem quae in manu erat, et per mancipium (Gai. II, 90, 94), sed affirmativa sententia praevaluit (l. 1, 8, XLI, 2).

(7) Cf. l. 17, I, XXXII; l. 2, XXXIII, 3.

(8) Frag. Vat. 51, 57; l. 6, 2, VII, 1; ll. 12, 5; 17, VII, 8. Etiam hic gradatim processum est; nam propter naturam personalem harum servitutum difficultas oriebatur, ut possent adquiri per personas nobis subiectas. Sed dein admissa fuit adquisitio ususfructus (l. 62, VII, 1) et usus (l. 17, VII, 8).

(9) Gai. II, 87; Ulp. XIX, 19; l. 6 pr. XXIX, 2.

(10) par. 3 i. III, 17; par. 1 i. III, 18; ll. 15; 40, XLV, 3.

(11) l. 78, XLV, 1.

(12) l. 17, 7 seq., II, 14.

(1) l. 9, I, 6; l. 3, I, 7; ll. 77; 78, V, 1; ll. 13, 5; 14 pr., XXXVI, 1; l. 18 pr., XL, 2; Liv. XXIV, 44; Gell. II, 2.

nibus patrisfamilias separata (2). Inde peculium profectitium; quod nempe a patre proficiscebatur. Sed usque huc nihil vere profecisset filiusfamilias, quia in simplici administratione subiectio semper perseverabat. Tempore Augusti introductum fuit peculium castrense, in quo primo apparuit vera independentia filiorumfamilias; (3) postea, ad exemplum castrensis, accessit peculium quasi castrense; (4) demum peculium adventitium sub Constantino.

Haec historice innisse sufficiat. Commodioris tractationis gratia in expositione doctrinae peculiorum communem ordinem sequemur *peculium militare* a *peculio pagano* distinguendo (5).

II — *Peculium militare* — Duplex erat: castrense et quasi castrense.

1º *Peculium castrense* — Peculium castrense res comprehendebat a filiisfamilias in castris adquisitas (6), vel iisdem militibus aut in militiam euntibus donabantur a parentibus, propinquis amicisve (7); tum res quae militiae occasione quaerebantur seu commilitonum haereditates, rerum castrensium accessiones, et quae ex eis emebantur (8); item haereditates testamento ab uxoribus relictas militantibus (9).

Filiusfamilias in huiusmodi peculio castrensi generatim uti paterfamilias considerabatur (10), omnemque facultatem habebat (11). Proinde obligatio et actio oriri poterant inter ipsum et patrem suum (12): item inter ipsum et extraneos (13); disponere quoque poterat per testamentum (14). Neque tamen usquequaque et perfecte paterfamilias dici poterat (15); nam ratio peculii semper quamdam relationem ad patrem afferebat, qui, si filius intestatus decessisset, res castrenses non jure hereditario, sed jure peculii sibi vindicabat (16).

(2) l. 5, 3, 4, xv, 1. Cf. l. 4 ib.

(3) Ulp. xx, 10; pr. i. II, 12.

(4) Sunt qui initium peculii quasi castrensis, quod dein evolutionem accepit sub imperio christiano, inveniunt in l. 50, xxxvi, 1 (quam legem alii interpretantur tamquam initium peculii adventitii). Certum est nonnisi serius perfectum extitisse, adeo ut tamquam corrupta traducantur vetustiora fragmenta, in quibus sermo est de quasi castrensi peculio (l. 1, 6, xxxvi, 1; l. 3, 5, xxxvii, 1; l. 1, 15, xxxvii, 6; l. 7, 6, xxxix, 5).

(5) Haec distinctio invenitur in l. 37 C. III, 28.

(6) Paul. III, 4ª, 3.

(7) Paul. l. c.; ll. 3; 4; 11, XLIX, 17; l. 1 C. XII, 37. Cf. l. 4 C. III, 36.

(8) ll. 8; 11; 19 pr. XLIX, 17; ll. 1; 4 C. XII, 37.

(9) ll. 13; 16, XLIX, 17. Ceterum sola voluntas donantis vel testantis non sufficiebat, ut res in peculio castrensi censeretur (l. 8 ib.)

(10) l. 2, XIV, 6.

(11) ll. 4, 1; 5; 15, 3, XLIX, 17; ll. 2; 3 C. XII, 37.

(12) l. 4, v, 1; l. 2 pr. XVIII. 1; l. 15, 1, 3, XLIX, 17.

(13) ll. 1, 3; 2, XIV, 6.

(14) Ulp. xx, 10; Paul. III, 4ª, 3; pr. i. II, 12; l. 12 C. VI, 22.

(15) l. 10, XXXVIII, 17.

(16) ll. 2; 9; 17 pr.; 18, 1; 19, 3, XLIX, 17.

2º *Peculium quasi castrense* — Peculium quasi castrense tum res comprehendebat quae ex officio publico quaerebantur (17), tum res a principibus filiisfamilias donatas (18), tum res in clericali statu comparatas (19). Idemque jus in peculio quasi castrensi ac in peculio castrensi.

III — *Peculium paganum* — Duplex pariter erat: peculium profectitium et peculium adventitium.

3º *Peculium profectitium* — Illud erat, quod germano sensu peculium appellabatur filiorumfamilias (20). Comprehendebat tum res, quas administrandas filiis concedebat pater (21), tum illas quas ex re peculiari vel peculii nomine filii adquirebant (22), tum quae relinquebantur filiis contemplatione patris, qui eas administrandas concedebat.

Nullum jus in tali peculio: pater peculium habebat in bonis suis, illudque revocare poterat quandocumque voluisset (23). Quamvis tamen simplicem administrationem habuisset filius (24), nihilque nec donare ei licitum esset nisi ex speciali concessione (25); tamen aliquid commodi ex talis peculii concessione ad ipsum redibat, quatenus peculium sequebatur ipsum filium post emancipationem, si nominatim a patre ademptum non fuisset (26); et quatenus, bonis paternis publicatis, idem peculium separabatur filioque conservabatur (27).

4º *Peculium adventitium* — Comprehendebat generatim ea omnia quae in aliis peculiis locum non inveniebant. Primitus Constantinus hoc peculium instituit in rebus, quae ex matris successione ad liberos fuissent devolutae (28). Dein alii imperatores ad bona extenderunt materni generis, idest ex materna cognatione delata (29); postea ad lucra nuptialia et sponsalitia (30); ita ut denique Iustinianus definierit peculium adventitium consistere in rebus omnibus, quae liberis quae-

(17) l. 7 C. I, 51; l. 4 C. II, 7; l. 37 C. III, 28; l. 5 pr. C. XII, 16; l. un. C. XII, 31; l. 6 C. XII, 37; l. 2 C. Th. I, 21; l. 7 C. Th. II. 10; l. 15 C. Th. VI, 35. Cf. l. 14 C. II, 7.

(18) l. 7 C. VI, 61.

(19) l. 34 C. I, 3; Nov. 123, C. 19.

(20) par. 1 i. II, 9.

(21) ll. 4 pr.; 5, 4; 39, XV, 1.

(22) l. 40, XV, 1; ll. 1, 5; 4, XLI, 2.

(23) ll. 7, 1: 8: 40, XV, 1.

(24) At alienare poterat: l. 28, 2, II, 14; l. 48, 1, XV, 1; l. 34 pr. XLV, 2. Cf. l. 1, 1, XX, 3; l. 16, XLVI, 2; l. 84, XLVI, 3; l. 52, 26, XLVII, 2; l. 10 C. IV, 26. Adeo verum est ut peculium semper augmentum aut deminutionem admitteret (l. 40 pr., XV, 1).

(25) l. 28, 2, II, 14; l. 7, XXXIX, 5.

(26) l. 52, XV, 1; l. 31, 2, XXXIX, 5; l. 17 C. VIII, 54.

(27) l. 3, 4, IV, 4; l. 1, 4, XV, 2.

(28) l. 1 C. VI, 60; l. 1 C. Th. VIII, 18. Antea bona materna non poterant nisi indirecte ad filios pervenire, quatenus scilicet mater filios sub conditione emancipationis haeredes appellasset (Plin. *Ep.* IV, 2).

(29) l. 2 C. VI, 60; ll. 6; 7 C. Th. VIII, 18.

(30) ll. 1; 4 C. VI, 61; l. 1 C. Th. VIII, 19.

rerentur, neque ex patris substantia, neque ad castrensia vel quasi castrensia bona essent referenda (31).

Quoad jus filiorumfamilias in huiusmodi peculio facta fuit distinctio inter peculium adventitium ordinarium et extraordinarium.

a) In peculio adventitio ordinario filiusfamilias solummodo dominium habebat; penes patrem erat usus fructus et administratio (32). Pater tamen in hoc non tenebatur ad cautionem praestandam, neque rationes reddendas, prout mos erat in usufructu et administratione ordinaria (33); diligentiam adhibere tantum in administratione debebat (34). Non poterat quidquam alienare (35), exceptis quibusdam casibus (36). Si negligens pater fuisset, bonorum curator dabatur, integro penes patrem usufructu manente (37). Si de rebus autem peculiaribus institui lis debuisset vel suscipi, patri generatim necessarius erat filii consensus (38).

Quandocumque filius emancipatus fuisset, reservabatur eidem patri, quasi in emancipationis factae remunerationem, tertia pars bonorum ex constantiniana constitutione, dimidia vero ususfructus ex constitutione iustinianea (39).

b) In peculio adventitio extraordinario filiusfamilias omne ius retinebat, nec usufructu nec administratione penes patrem relictis; fere ac in peculio castrensi et quasi castrensi, praeterquam quod in peculio adventitio non erat filio testamentum concessum (40). Si minor fuisset, tunc vel pater vel curator bona administrabat (41). Talis ampla facultas in peculio adventitio concedebatur extraordinarie quibusdam in casibus, nempe: si pater auctoritatem suam denegasset ad haereditatem aut aliud jus adquirendum (42) — si quid filio donatum aut relictum esset sub expressa conditione quod nullum haberet pater usumfructum (43) — si pater et filius simul concurrerent in haere-

(31) ll. 6; 8 C. vi, 61.

(32) l. 1 C. vi, 60; ll. 6; 8 C. vi, 61; l. 1 C. Th. viii, 18.

(33) l. 8, 4 C. vi, 61. Sunt tamen qui contendunt patrem teneri ad rationes reddendas finito usufructu, quemadmodum in casu ordinario (Cf. l. 1, 1, vi, 60. Vangerow, *Lehrb.* i, 236, *Obs.* 2).

(34) l. 1 C. vi, 60; l. 8, 4 C. vi, 61.

(35) ll. 1; 2 C. vi, 60; ll. 4; 6, 2; 8, 4, 5 C. vi, 61; ll. 1; 7 C. Th. viii, 18. Nec filius poterat alienare nudam proprietatem sine patris consensu (l. 8, 5 C. vi, 61). Pater ratione ususfructus legalis poterat sibi quidquam comparare, quod filius repudiasset (l. 8 pr., i, 2 C. vi, 61).

(36) l. 8, 4, 5 C. vi, 61.

(37) l. 13, 2 C. ix, 51. Hoc tamen non omnes admittunt. Cf. Vangerow, *Lehrb.* i, 237.

(38) l. 1 C. vi, 60.

(39) l. 6, 3 C. vi, 61. In iure novo pater non amplius jure peculii filiofamilias succedebat, qui intestatus decessisset (l. 34 C. i, 3; l. 11 C. vi, 59; ll. 3; 4; 6, 1 C. vi, 61; Nov. 118, C. 1).

(40) pr. i. ii, 12.

(41) l. 8, 1 C. vi, 61. Quod dicendum in genere est de quibuscumque bonis, in quibus pater non habuisset usumfructum (Cf. l. 7 pr. C. v, 70; Nov. 117, C. 1, 1.

(42) l. 8, pr. C. vi, 61.

(43) Nov. 117, C. 1.

ditate filii fratrisque intestati defuncti, quo in casu patri usnsfructus non erat in portione ad filium spectante (44).

IV — Ex quibus omnibus praemissis apparet vetus principium quod filius omne quod adquirit patri adquirit, mutatum fuisse in legislatione iustinianea, et aliud gradatim inductum, quod nempe filius sibi adquirit, nisi vel nomine patris vel ex substantia patris adquirat (45).

§. 81. *Liberi quoad obligationes.*

I — Filiusfamilias (1) quoad obligationes considerari poterat dupliciter: vel relate ad patrem, et tunc unam eamdemque cum ipso personam constituebat; vel relate ad extraneos, et tunc generatim uti paterfamilias habebatur (2).

II — *Relate ad patrem* — Inter patrem et filium nulla obligatio consistere poterat (3), inspecto iure civili (4). Quare non erat valida donatio patris in filium (5); valida fiebat si in emancipatione eam pater non ademisset vel in testamento confirmasset (6). Introducto dein peculiorum instituto et evoluto, pariter mutationes hac in re factae sunt. Iam quod ad peculium profectitium attinet, recognoscebatur inter patrem et filium naturalis obligatio (7). Idem dicendum de peculio adventitio, in quo, praeter proprietatem, filius a patre dependebat, penes quem et usufructus et administratio erat (8). E contra in peculio adventitio extraordinario, cum pater et filius veluti extranei inter sese considerarentur, quaevis poterat consistere obligatio (9).

Quemadmodum nulla obligatio, ita et nulla actio inter patrem et filium. Excipiebantur actiones, quae eo spectabant, ut familiae potestatisque patriae jus mitigaretur (10).

(44) Nov. 118, C. 2. Alii addunt alias causas, nempe: si pater fideicommissum dissipasset quod tenebatur filio restituere (l. 50. xxxvi, 1); item in casu divortii iniusti, quoad bona ad liberos spectantia (Nov. 134, C. 11).

(45) pr., 1, i. ii, 9; ll. 6 pr.; 8 C. vi, 6.

(1) Hic recolendum quod diximus de adrogato, in cuius persona omnes obligationes, quibusdam exceptis, extinguebantur capitis deminutione, manente elemento naturali (ll. 2, 2; 8, iv, 5); dum praetor per fictionem tamquam non extinctas considerabat (Gai iii, 84; iv, 38; l. 2, 1, iv, 5).

(2) l. 141, 2, xlv, 1.

(3) par. 6. i. iii, 19; l. 1, 1, xlvi, 6; l. 2, pr., xlviii, 1.

(4) Nam obligatio naturalis consistebat (l. 38, 1, 2, xii, 6; l. 56, 1, xlvi, 1).

(5) Frag. Vat. 295, 296; l. 2, 2, xli, 5; l. 1, 1, xli, 6.

(6) Frag. Vat. 255, 260, 294. Obtinuit postea ut ad exemplum donationum inter coniuges morte donantis convalescerent (l. 25, C. v, 16).

(7) l. 38, xii, 6; ll. 3, 7; 11, 2; 38, 1, xv, 1; l. 56, 1, xlvi, 6.

(8) l. 6, 2, C. vi, 61.

(9) l. 2, pr., xviii, 1; l. 42, 3, xxix, 2; l. 15, 1, 2, xlix, 17.

(10) Si quidem proprie actiones dici poterant. Cf. l. 19, xxiii, 2; l. 5, 7, xxv, 3; l. 4, C. v, 25.

Obligatio vero et actio, quas filiusfamilias ab extraneis adquirebat, olim patri adquirebantur, quando nempe peculiorum institutum adhuc non erat. Excipiebantur quaedam actiones quae filiisfamilias concessae erant, scilicet actiones in factum (11), actio iniuriarum, quod vi aut clam (12). Ceterum, interdum etiam actiones quae patri competebant, poterant et a filio exerceri si pater absens vel alioquin impeditus fuisset (3).

III — *Relate ad extraneos* — Poterant filiifamilias et naturaliter et civiliter obligari et conveniri per extraneos (14). Sed si convenirentur et damnarentur, rei actio in id tempus differebatur quo patria potestate liberati fuissent (15). Nisi ageretur de bonis, in quibus filiusfamilias habebatur uti sui iuris, quia tunc et conveniri et condennari poterat (16), et eius creditor satisfactionem obtinebat (17).

Sed aliquando etiam pater pro obligatione filii conveniri poterat; quod praesertim (18) fiebat quando obligatio oriebatur ex peculio profectitio. Tunc creditor eligere poterat vel ut ageret in solidum contra filium vel solum de peculio contra patrem (19). Revera, juxta mandati et negotiorum gestionis doctrinam, pater in peculio filiis commisso obligabatur, actionesque contra ipsum aderant sive ratione mandati (actio quod iussu, exercitoria, institoria, tributoria), sive ra-

(11) l. 22 pr., v, 2; l. 13, xliv, 7; l. 17, 10, xlvii, 10. Cf. l. 9, xliv, 7, cum Gai. iv, 47. Olim filiusfamilias non poterat agere, quia actiones eo spectabant ut aliqua res *nobis dari* oporteret, vel *nostra* esset (Gai. ii, 96), ipse autem nec quidquam proprium habebat nec adquirere poterat. Utilitate dein admissum est quod et contra ipsum agi posset quando sui iuris factum (Gai. iii, 114; l. 58, xlvii, 2; l. 14, 10 ib.), et etiam quod adhuc sub potestate agere posset per formulam in factum conceptam. Serius concessum est quod ageret actione extraordinaria (l. 32 pr., i, 7; l. 17, xxii, 1; l. 19, xxiii, 2; l. 92, xxxv, 1; l. 4, C. v, 25).

(12) l. 9, xliv, 7; l. 58, xlvii, 2.

(13) l. 12, ii, 4; l. 8 pr., iii, 3; l. 18, 1, v, 1.

(14) l. 141, 2, xlv, 1. Si utique capax fuisset obligationis suscipiendae: secus neque patris auctoritate potuisset, quia pater sibi ipsi auctoritatem praestare visus esset (l. c.). Generatim filii in obligationibus, quas ab extraneis suscipiebant, non patres sed se ipsos devincebant (par. 6, i. iii, 19; par. 10 i. iv, 6; l. 3, 4, iv, 4; l. 57, v, 1; l. 3, 4, xiii, 6; ll. 44; 45, xv, 1; l. 1, 9, xlii, 6; l. 39, xliv, 7; l. 141, 2, xlv, 1; l. 10, 2, xlvi, 1; l. 8, 4, xlvi, 4). Olim tamen ex delictis filiorum patres tenebantur aut damnum reficere aut illos noxae dare (Gai. iv, 75 seq.); sed postea admissum fuit quod filii personaliter tenerentur (par. 7, i. iv, 4; l. 57, v, 1; ll. 33-35, ix, 4; l. 39, xliv, 7), et conveniri condemnarique possent (l. 57, v, 1; l. 5 pr., xiv, 5; l. 39, xliv, 7; l. 10, 2, xlvi, 1).

(15) l. 5 pr. xiv, 5; l. 9 C. iv, 26. Et quidem tunc beneficio competentiae fruebantur (ll. 2; 5 pr., xiv, 5).

(16) ll. 1, 3; 2, xiv, 6; l. 18, 4, 5, xlix, 17.

(17) l. 17, xlix, 17. Praeferebantur tamen creditores qui ante militiam creditum obtinuissent, vel qui potuissent, quod sibi debebatur, consequi agendo adversus patrem (l. 1, 9, xlii, 6).

(18) Praesertim, quia e. g. in peculio adventitio pater excipere debebat actiones ad id peculii genus pertinentis (l. 1 C. vi, 60; l. 8, 3 C. vi, 61).

(19) l. 3, 4, iv, 4; l. 44, xv, 1.

tione negotiorum gestorum (actio de in rem verso), sive generatim ratione peculii (actio de peculio) (20).

1⁰ *Actio de peculio* — Haec actio personalis et perpetua erat quamdiu in potestate filius mansisset (21); soluta patria potestate adhuc contra patrem, penes quem peculium fuisset, concessa erat actio utilis de peculio annalis (22). Peculium autem censebatur non id quod rei iudicatae tempore revera ei inerat, sed et id quod dolo malo eius, cum quo agebatur, inde abfuisset (23). Pater ius habebat deducendi et retinendi quod sibi debebatur (24). Privilegii ratio consideranda erat inter creditores qui plures fuissent (25): ceteroquin melior conditio occupantis (26). Dabatur talis actio ex omnibus causis, praeter causam delictorum; ex causa delictorum non dabatur nisi aut aliquid inde ad peculium pervenisset, aut novatio iudicio facta esset (27).

2⁰ *Actio quod jussu* — Dabatur adversus patrem qui jusserit, vel mandaverit negotium, vel saltem ratum habuerit (28).

3⁰ *Actio exercitoria* — Quando nempe contraheretur cum filio a patre navi uti magistro praeposito, si quidem contractus eius rei gratia factus esset (29). Tunc contrahi censebatur cum patre ipso (30).

4⁰ *Actio institoria* — Quando eius gratia contraheretur cum filio a patre tabernae vel cuicumque negotiationi praeposito (31); nam et hic contrahi censebatur cum patre (32).

5⁰ *Actio tributoria* — In eo consistebat, ut, si filius sciente patre in merce peculiari negotiatus esset, pater quod ex ea merce et eo nomine (33) receptum erat aequabiliter inter creditores partiretur; in quam partitionem et ipse admittebatur, si quid ei debitum esset (34). Pater distribuere debebat; quod si renuisset, poterat mercibus cedere, et ad hoc solebat tunc arbiter dari (35). Talis actio erat perpetua, sed ad haeredem non transibat nisi pro eo quod ad eum pervenisset (36). Singulis creditoribus tribuebatur pro rata, quin melior occupantis esset causa (37): quare creditor, qui suum recipere voluisset, cavere debebat se refusurum, si forte alii creditores apparuissent (38).

(20) Actiones noxales veteres per Iustinianum abolitae sunt (par. 7, i. IV, 8).
(21) l. 1, 1, V, 2.
(22) l. 1, 1, XV, 2.
(23) ll. 21 pr., 1, 3; 30 pr.; 36, XV, 1.
(24) ll. 11, 3, 9; 27, 1; 52 pr. ib.
(25) l. 52 ib.
(26) l. 10 ib.
(27) l. 57, V, 1; ll. 3, 9-13; 5 pr., 2, ib.
(28) ll. 1, 1, 3, 4, 6; 5 pr., XV, 4.
(29) D. XIV, 1; C. IV, 25.
(30) l. 1, 2, XIV, 1.
(31) D. XIV, 3; C. IV, 25.
(32) l. 11, 2, XIV, 3; l. 7, 11, XIV, 6,
(33) par. 5 i. IV, 7.
(34) ll. 1; 5, 5, XIV, 4.
(35) l. 7, 1 ib.
(36) l. 7, 5 ib.
(37) par. 5 i. IV, 7; l. 6 ib.
(38) ll. 5, 19; 7 pr. ib.

Unde apparet hanc actionem differri ab actione de peculio. Sed insuper discrimen maius in eo erat, ut in actione de peculio aestimatio fieret deducto eo quod patri debebatur; e contra in tributoria nulla deductio, sed aequali iure cum caeteris vocabatur (39). Ratio erat, quia in priori casu voluntas patris generalior et remotior sufficiebat, ut cum filio teneretur ex causa peculii; in altero requirebatur quod voluntas patris propius ad negotiationem accederet, scilicet ut sciret, vel saltem ut pateretur filium in merce peculiari negotiari (40). Ceterum qui agebat poterat quam maluisset eligere actionem (41).

6⁰ *Actio de in rem verso.* — Quando scilicet aliquid, filiofamilias gerente, in patris rem vel necessario vel utiliter fuisset conversum (42).

Actiones quod iussu, exercitoria, institoria simul concurrebant cum actionibus de peculio et de in rem verso; (43) una tamen electa, caeterae extinguebantur. Sed electio unius magis utilis erat in hoc vel illo casu (44).

IV — Filiofamilias remedia suppetebant, ne vel sua levitate vel aliorum fraudibus deciperetur aut laberetur. Remedia erant SC. Macedonianum et restitutio in integrum.

1. *SC. Macedonianum.* — Hoc remedium introductum fuit sub Claudio, (45) et eo tendebat ut ex pecunia mutuo a filio accepta nec ipse nec ille, cuius in potestate erat, actione de peculio urgerentur (46). Duplicem finem habebat: defendere filium ab exercentibus usuras (47) et vitam patris contra luxuriantes tueri (48).

Ad summa haec capita reducebatur:

a) filiisfamilias concedebatur (49).

b) necessarium erat mutuum in pecunia (50). Dein tamen et ad alias res, quibus iniquum lucrum simulabatur, fuit productum (51).

c) nulla oriebatur obligatio civilis; naturalis autem in quantum ex mutuo locupletior evasisset (52). Semper exceptio opponi poterat; (53) repetitio tamen soluti non erat admissa (54).

(39) par. 5 i. IV, 7; l. 6 ib.
(40) l. 1, 3 ib.
(41) ll. 5, 1; 9, 1 ib.
(42) ll. 1 pr., 3; 10, 6; 17 pr., XV, 3.
(43) Gai. IV, 74; par. 5 i. IV, 7; l. 1, 1, 2, XV, 3.
(44) par. 5 i. IV, 7.
(45) Tac. *Ann.* XI, 13. Svet. *Vespas.* 11 dicit latum fuisse sub Vespasiano. Originem eius vide penes Theoph. par. 7 i. IV, 7. Cf. l. 1 pr., XIV, 6.
(46) par. 7 i. IV, 7. D. XIV, 6; C. IV, 28.
(47) l. 1 pr., XIV, 6.
(48) par. 7 i. IV, 7.
(49) par. 7 ib.; ll. 1 pr; 1, 3; 3, 4, XIV, 6; l. 6, 1, C. IV, 28.
(50) ll. 3, 3; 7, 3 ib. Cf. l. 6 pr. C. ib.
(51) ll. cc.
(52) l. 19 pr., XII, 6; l. 10, XIV, 6.
(53) Paul. II, 10; ll. 1 pr.; 7, 4-8, 10, ib.
(54) l. 14, XII, 1; ll. 19 pr.; 40 pr., XII, 6; ll. 9, 4, 5; 10, XIV, 6.

d) ad patrem quoque suo extendebatur, si contra ipsum proponeretur actio de peculio (55). Item et ad fideiussores (56).

e) non erat valida renunciatio huic remedio usquedum filius in potestate erat, nec pariter valida obligationis confirmatio (57).

Notandum vero, quod si quis prudenter cum filio familias se gessisset, ipsumque patremfamilias putasset, cessabat (58).

2. *Restitutio in integrum.* — Species quaedam erat illius restitutionis in integrum, quae minori concedebatur. Filiofamilias minori, si ipsius interesset, succurrebatur; patri vero non, neque in causa ad peculium spectante nisi ille conveniretur (59). Si in re, quae ad proprium patrimonium pertineret, filius caperetur, non solum ipse, verum et haeredes eius erant restituendi (60). Restitutio dabatur in iis, quae filius neglexerit vel timere in se susceperit; (61) nec non in iis, quae patris auctoritate facta omissave fuissent (62).

Adversus parentem non admittebatur restitutio, praeterquam adversus patrem adrogantem, si quidem minor fuisset adrogatione circumventus (63).

CAPUT III.

DE DISSOLUTIONE PATRIAE POTESTATIS.

§. 82. *Causae.*

I — Ad sex reduci possunt causae quibus, penes romanos solvebatur patria potestas: mors, datio in adoptionem, adrogatio, legitimatio ascendentis, lex, emancipatio.

II — 1. *Mors.* — Solvebatur patria potestas morte (1). Sed hic animadvertendum quod patre mortuo, qui in nullius fuisset potestate, omnimodo sane fili filiaeve sui iuris efficiebantur; mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesve sui fiebant iuris, bene quidem si post mortem avi in patris sui potestatem non essent recasuri (2).

Praeter mortem naturalem attendebatur quoque mors civilis, quando nempe paterfamilias maximam vel mediam capitis deminutionem passus esset; siquidem potestas patria civium romanorum

(55) ll. 7, 10; 9, 1, 3, xiv, 6; l. 6 pr. C. iv, 24. Cf. l. 14, xii, 1.
(56) ll. 7, 11; 9, 3, 4, xiv, 6.
(57) ll. 7, 16; 8; 9 pr. ib.; l. 2 i. f. C. iv, 28.
(58) l. 3 pr. ib.
(59) l. 3, 4, iv, 4.
(60) l. 3, 9, 10, ib.
(61) l. 3, 4 ib.
(62) l. 3, 5, 7 ib.
(63) l. 3, 6 ib.
(1) Gai. i, 127; Ulp. x, 2; pr. i. i, 12.
(2) ll. cc.

erat propria (3). Quod autem speciatim spectabat ad captivitatem, distinguebatur utrum pater apud hostes decessisset an ad patrios lares reversus esset. In primo casu ex fictione legis Corneliae tunc decessisse videbatur cum captus fuerat; (4) in altero casu pater reversus censebatur jure postliminii nunquam patria potestate spoliatus (5).

2. *Datio in adoptionem.* — Cessabat patria potestas in eo qui dedisset in adoptionem, et oriebatur in adoptante (6). Quod idem dicendum de filiafamilias quae in manum viri convenisset (7).

3. *Adrogatio.* — Adrogatione filii illius, qui se adrogandum dedisset, eximebantur eiusdem patriae potestati et incidebant in potestatem adrogantis (8).

4. *Legitimatio.* — Legitimato ascendente, qui sub eius potestate existebant in patris legitimantis potestatem transibant (9).

5. *Lex.* — Pluribus in casibus lex patriam potestatem solvebat, vel saltem eiusdem exercitium prohibebat:

a) propter dignitatem a liberis consecutam (10).

b) propter poenam patris (11).

c) propter filiorum periculum adimebatur interdum patri educatio (12).

6. *Emancipatio.* — Erat actus, quo a patria potestate sic dimittebantur filii, ut sui iuris efficerentur. Duplex conditio requirebatur:

a) ut consensus intercessisset tum emancipantis (13), tum emancipandi (14).

(3) Gai. 128; Ulp. x, 3; par. 1 i, ib. — Deportatus autem, si per omnia in integrum a principe restitueretur, jus patriae potestatis recuperabat (Paul. IV, 8, 24; par. 1 i. I, 12; l. 13 C. IX, 51; l. 1 C. Th. IX, 43).

(4) Ulp. XXVIII, 5; Paul. III, 4[a], 8; par. 5 i. I, 12; l. 12, XXVIII, 1; ll. 6, 12; 15, XXVIII, 3; l. 28, XXVIII, 6; ll. 10; 11, 1; 22 pr., I, XLIX, 15; ll. 1; 9 C. VIII, 51. Tempore Gaii disputabatur num patria potestas defecisset quo tempore captus vel quo tempore mortuus esset penes hostem (Gai. I, 129); prima sententia praevaluit (ll. 12, 1; 18, XLIX, 15).

(5) Gai. I, 129; Ulp. x, 4; Paul. II, 25, 1; par. 5 i. I, 12; ll. 14 pr.; 16, XLIX, 15. Quare tempore captivitatis quodammodo in suspenso erat patria potestas.

(6) par. 8 i. I, 12.

(7) Gai. I, 136.

(8) par. 11 i. I, 11; ll. 2, 2; 40, I, 7.

(9) Cf. par. 11 i. ib.

(10) Gai. I, 130, 145; III, 114; Ulp. x, 5; par. 4 i. I, 12; l. 5 C. XII, 3; Nov. 81; Nov. 123, C. 4. Cf. Gell. I, 12; Tac. *Ann.* IV, 16.

(11) l. 12 C. I, 4; l. 2 C. VIII, 52; l. 6 C. XI, 40; l. 2 C. Th. XV, 8; Nov. 12, C. 2; Nov. 153.

(12) ll. 1, 3; 3, 5, XLIII, 30; l. un. C. v, 24 et Auth. ad h. l.; Nov. 117, C. 7.

(13) par. 10 i. I, 12; l. 31, I, 7; l. 8, XXXVIII, 6; l. 3 C. VIII, 49; Nov. 89, C. 11 pr. Qui tamen non poterat cogi ad emancipationem (Paul. II, 13, 1; ll. 32 pr.; 33, I, 7; ll. 92; 93, XXXV, 1; l. 5 XXXVII, 12).

(14) Paul. II, 25, 5; l. 5 C. VIII, 49; Nov. 89, C. 11.

b) ut forma quaedam adhiberetur. Quae forma triplex, juxta temporum diversitatem, distingui poterat: legitima, anastasiana, iustinianea. — *Legitima*, quae perficiebatur tribus imaginariis venditionibus et duabus manumissionibus (15). — *Anastasiana*, quae in absentis quoque commodum adhiberi poterat, quaeque per rescriptum principis, apud competentem iudicem extensum, perficiebatur (16). — *Iustinianea*, quae simpliciter perfici poterat coram magistratu sive iudice competente (17).

§. 83. *Effectus.*

I — Effectus dissolutionis patriae potestatis alii communes erant omnibus modis quibus solvebatur, alii e contra erant proprii quorumdam tantummodo.

II — *Communes* — Paterfamilias amittebat omnia iura sua tam circa personam filii, quam circa bona ad ipsum filium pertinentia. Quare si filius, sui iuris effectus, liberos procreasset, isti in eius potestatem incidebant; qui autem fuerant geniti vel simpliciter concepti antequam sui iuris fieret sub avi emancipantis potestate remanebant (1). Item filius emancipatus omne sibi jus super bona sua habebat; excepto emancipationis modo, in quo propter praemium patris dimittentis e potestate sua filios dimidia ususfructus pars eidem cedebat (2). Filius retinebat quoqte peculium profectitium ex praesumpta patris donatione, nisi expresse fuerit ademptum (3).

II — *Proprii* — Modus dationis in adoptionem, adrogationis, legitimationis, emancipationis quosdam peculiares effectus gignebat. Etenim, in hisce modis olim intercebat minima capitis deminutio, ex qua vetus ius agnationis rumpebatur vel novum adquirebatur (4); dum

(15) Olim non erat vera forma emancipandi. Ex dispositione tamen legum XII Tabul., quod scilicet pater amitteret patriam potestatem si ter filium venum dedisset, effectum est ut romani hoc medio uterentur ut filios suos dimitterent. Tres igitur imaginarias venditiones pro filiis adhibuerunt; pro caeteris liberis una sufficiebat (Gai. I, 132, 134; Ulp. X, 1. Cf. par. 6 i. I, 12; l. 6 C. VIII, 49). Postrema venditio filium mancipii loco relinquebat (Gai. I, 132 i. f.; l. 3, 1, IV, 5); at qui mancipium recepisset cogebatur per pactum fiduciae adiectum illi venditioni ad manumittendum, et sic fiebat patronus, vel, prout fere semper mos erat, ad mancipandum denuo patris, qui per manumissionem ipse fiebat patronus proprii filii (Gai. I, 132).

(16) l. 5 C. VIII, 49. Cf. par. 6 i. I, 12; l. 6 C. VIII, 49.

(17) par. 6 i. cit.; l. 6 C. cit.

(1) Gai. I, 135, 135a; par. 9 i. I, 12. Cf. Gai. I, 133; par. 7 i. ib.; l. 28, I, 7.

(2) par. 2 i. II, 9; l. 6, 3, C. VI, 61; l. 6 C. VIII, 49.

(3) Frag. Vat. 260; l. 31, 2, XXXIX, 5; l. 17 C. VIII, 54. Cf. Nov. 81, C. 1.

(4) Gai. I, 162; Ulp. XI, 13; Paul. III, 6, 29; par. 3 i. I, 6; l. 3 pr., 1, IV, 5. Princeps aliquando in suo rescripto reservabat emancipato huiusmodi iura (l. 11 C. VI, 58). Iura cognationis per minimam capitis deminutionem non rumpebantur (Gai. I, 158); proinde, amisso successionis iure ad agnatos, jus retinebat ad cognatos (Ulp. XXVIII, 3; par. 11 i. III, 1; Nov. 118 pr., C. 4).

in aliis modis qui sui iuris fieret familiam civilem retinebat (5). Huiusmodi effectus disparuit in iure iustinianeo (6).

Praeterea in emancipatione occurrebat jus patronatus; proinde jus tutelae (7) et jus successionis (8).

SECTIO TERTIA — DE POTESTATE DOMINICA

CAPUT I.

NOTIONES.

§. 84. *Servus, tamquam res.*

I — Duo principia in iure romano circa servos inter sese adversantia viguerunt, ita ut institutum iuridicum veluti quid arbitrarii persentiret. Ex una parte principium, quod servitus iuris gentium esset (1); ex alia parte principium, quod servitus esset contra naturam (2). Hinc factum est, quod dum sub prioris principii influxu servus tamquam res haberetur, sub alterius e converso dignitas personalis fuerit recognita.

II — Servus omnibus carebat iuribus: nulla prorsus ei capacitas iuridica (3), et considerabatur inter res quae in commercio veniebant (4). Dominus ergo amplissimam disponendi facultatem habebat, quemadmodum super caetera dominii obiecta.

Revera, cum nulli essent per se facultati dominicae limites, dominus insevire quoque potuisset. Nihilominus gradatim limites appositi fuerunt. Non est dubium quin antiquitus ipsamet opinio publica et speciatim censores, qui morum tutelam exercebant, impedimentum quoddam effrenatae dominorum libidini fuerint. Sub imperio, quemadmodum in bene multis aliis, hic quoque auctoritas publica apparuit. Inde ortae sunt plurimae prohibitiones; ne scilicet servi cum

(5) Cf. Gai III, 10; Nov. 12, C. 2; Nov. 81, C. 2.

(6) Nov. 118, C. 4.

(7) Gai. I, 166; Ulp. XI, 5; par. 6 i. I, 12; i, I, 18; par. 3 i. III, 2; D. XXXVII, 12.

(8) Emancipatio ingratitudinis causa revocari poterat (Frag. Vat. 248; l. un. C. VIII, 50; l. 1 C. Th. VIII, 14).

(1) Gai. I, 52; par. 1 i. I, 8; l. 4, 1, I, 5; l. 1, 1, I, 6.

(2) par. 37 i. II, 1; l. 32, L, 17. Cf. Arist. *Polit.* I, 4-6.

(3) l. 3, 1, IV, 5; l. 20, 7, XXVIII, 1; l. 32, L, 17.

(4) Gai. I, 54; II, 13; par. 22 i. II, 20; l. 5, 3, VII, 9; l. 215, L, 16.

bestiis ad pugnandum venderentur (5); ne prostituerentur (6); ne senes aut valetudinarii exponerentur (7). Quod si dominus servum sine causa interfecisset, tamquam homicidii reus declaratus fuit (8); si vero causa adesset, cur servus morti vel poenae atrociori damnaretur, iudicium sibi vindicavit eadem publica auctoritas (9). Prohibitus quoque fuit mos, qui tunc late patebat, eos castrandi (10). Eo tandem deventum est, ut etiam dominium fuerit limitibus circumscriptum circa familiam servilem, et vetitum quominus eiusdem familiae membra distraherentur (11).

§. 85. *Servus, tamquam persona.*

I — Ex altera parte, uti diximus, non solum limites domino appositi sunt in exercitio dominicae potestatis, sed dignitas personalis quodammodo agnita in ipsis fuit. Proinde nomen personae non liberos tantum, sed et servos in sua significatione complectabatur.

II — Plurima sunt, quae possunt id comprobare:

a) locus, in quo servus sepeliebatur, fiebat religiosus (1).

b) quamvis stricto iure non considerarentur apud servos nec matrimonia, nec cognationes (2), tamen fieri non poterat quin aliquam haberent recognitionem, saltem post manumissionem eorum peractam (3).

c) revera servus neque dominium neque possessionem habere poterat (4), neque obligationes civiliter contrahere in sui personam (5), sed utique obligationes naturales, quae post manumissionem civiles quoque efficiebantur (6).

d) in delictis ratio personalitatis servi habebatur. Si quae fuisset eidem iniuria illata, dominus contra delinquentem defensio-

(5) l. 42, XVIII. 1; l. 11, 1, 2, XLVIII, 8.
(6) l. un. C. VII, 6.
(7) l. 3 C. VIII, 52.
(8) l. 2, XL, 8; l. un., 3 C. VII, 6; Dio. Cass. LX, 29; Svet. *Claud.* 25. Servi ut se eriperent crudeli dominorum libidini solebant ad statuas principum confugere; quo in casu magistratus, causa cognita, haud amplius prioribus dominis eos reddebant, sed aliis addicebant humanioribus (par. 2 i. I, 18).
(9) Gai. I, 53; Coll. III, 3; par. 2 i. I, 18; ll. 1, 2; 2, I, 6; l. un. C. IX, 14; l. 1 C. Th. IX, 12.
(10) Paul. V, 23, 13; ll. 3, 4; 4; 2, 6, XLVIII, 8.
(11) l. 35, XXI, 1; l. 11, C. III, 38; l. 1 C. IX, 14; l. 7 C. XI, 47.

(1) l. 2 pr., XI, 7.
(2) Paul. II, 19, 6; l. 6 pr., XLVIII, 5; l. 3 C. V, 5; ll. 23; 24 C. IX, 9.
(3) l. 14, 2, XXIII, 2; Varr. *de r. r.* I, 17, 5.
(4) ll. 24; 30, 3; 49, 1, XLI, 2.
(5) Paul. II, 13, 9; par. 6 i. III, 19; par. 1 i. III, 20; l. 7, 8, IV, 3; l. 13 pr., XII, 6; ll. 5, 4; 9, 2, XV, 1; l. 1, 18, XVI, 3; l. 19, 4, XXXIX, 5; l. 14, XLIV, 7; l. 21, 2, XLVI, 1; l. 84, XLVI, 3; ll. 1; 2, C. IV, 14.
(6) l. 17, III, 5; l. 21, 1, XVI, 3.

nem suscipiebat (7). Quod si servus ipse deliquisset, post manumissionem qui damno fuisset affectus poterat in ipsum agere (8).

e) in iudicio se defendere ei licitum erat, quandocumque dominus defensionem suscipere noluisset (9).

f) si non appellandi, saltem auxilium implorandi facultas servo concedebatur, cum turpiter fuisset damnatus (10).

g) consentiente domino, cooptari in collegium poterat (11).

CAPUT II.

CAUSA ET EFFECTUS SERVITUTIS.

§. 86. *Causae non poenales.*

I — Modi ex quibus oriebatur servitus duplicis erant generis: vel poenales, vel non poenales. Ad primum genus pertinebant captivitas et nativitas: ad alterum omnes illi modi, quibus a legislatore poena irrogabatur.

II — Quin factum aliquod sibi imputandum esset, quis versari poterat in servitute, scilicet vel in bello in hostium incidendo potestatem, vel nascendo in statu servitutis. Quoad modum captivitatis, romani illum admiserunt non solum in propriam utilitatem, sed etiam contra; nam si romanus captus fuisset, servus fiebat, seu potius per libertatis amissionem et civitatem amittebat, quia dominium servorum apud hostes non agnoscebatur.

1° *Captivitas.* — Captivitas bellica prima origo fuit servitutis (1).

2° *Nativitas* (2). — In iure romano applicabatur doctrina accessionis. Principium ergo admissum fuit quod servus quis nasceretur, si a matre ortus, quae a conceptione usque ad partum in servitute

(7) Gai. III, 213, 222; par. 11 i. IV, 3; par. 3 seq. i. IV, 4; l. 23, 9, 10, IX, 2; l. 14, I, XIX, 5; ll. 15, 34 seq.; 16; 17, XLVII, 10; l. 1, 2, XLVIII, 8. Dominus etiam proponere poterat actionem legis Aquiliae et de servo corrupto. (Gai. III, 223; Paul. I, 136; par. 3 i. IV, 4; l. 14, 1, XIX, 5; l. 25, XLVII, 10; l. 6 pr., XLVIII, 5.

(8) Gai. IV, 77; par. 5 i. IV, 8; l. 14, XLIV, 7; l. 4 C. IV, 14. Erant utique etiam actiones noxales.

Delicta servorum gravius puniebantur (l. 20, XLIV, 7; l. 12, 3, XLVIII, 2; l. 2, XLVIII, 3; l. 4, 2, XLVIII, 8; ll. 1 pr., 1, 2; 10 pr., 1; 16, 3; 28, 11, 16, XLVIII, 19). SC. Silanianum constituit ut servi torquerentur in occisione domini ad delictum investigandum (Paul. III, 5; Tac. *Ann.*, XIV, 42). Notandum, quod si servus in dominum deliquisset, hic agere jure non poterat. (Gai. IV, 78; par. 6 i. IV, 8; ll. 17 pr.; 18; 64, XLVII, 2).

(9) l. 19, XLVIII, 19.

(10) l. 15, XLIX, 1.

(11) l. 3, 2, XLVII, 22.

(1) par. 3; 4 i. I, 3; ll. 4, 2, 3; 5, 1, I, 5.

(2) par. 4 i. ib.; l. 5, 1 ib.

permansisset. Quod si etiam medio tempore in libertatem mater prosiliisset, iam partus liber erat (3). Quare tempus partus inspiciebatur, ut de statu hominis iudicaretur. Patris ratio erat solummodo in matrimonio legitimo; extra matrimonium legitimum conditio tantum matris considerabatur (4).

Qui servus natus esset domino pertinebat, cui et mater (5). Hac tamen in re mutationes factae sunt per SC. Claudianum (6).

III — Extraordinarium quemdam modum, quo quis in servitutem redigebatur, invexit Constantinus. Principium vigebat in iure romano, quod liber vendi non posset, quamvis possideri tamquam servus (7); et hoc in casu semper facultas patebat libertatem reclamandi (8). Iamvero Constantinus huic principio contradixit constituens, ut si quis expositus fuisset (9), tunc collector eiusdem apud se tenere eumdem tamquam filium sub patria aut tamquam servum sub dominica posset potestate (10). Iustinianus dein ad principium reversus est, et expositos declaravit liberos ac ingenuos (11).

§. 87. *Causae poenales.*

I — Romani statum servitutis uti poenam etiam adhibuerunt. Quapropter propter factum sibi imputandum quis poterat amittere propriam libertatem et alterius subiici dominio.

II — Id multipliciter eveniebat, scilicet:

a) civis romana, iuxta SC. Claudiani dispositionem, si servo alicui, invito et denuntiante domino ei colerit, ancilla ipsa fiebat domini servi ipsius: eidem filii nascebantur in servitute (1).

b) qui militiam effugisset (2).

c) qui incensus veniisset (3).

d) qui propter debita creditori adiudicatus esset (4).

e) liber homo, si maior viginti annis ad pretium participandum sese venumdare esset passus (5).

(3) Gai. I, 89; Paul. II, 24, 1-3; pr. i. I, 4; l. 18 ib.

(4) Gai. I, 82; pr. i. I, 4; l. 24 ib.; l. 1, 2, L, 1.

(5) par. 4 i. I, 3.

(6) Gai. I, 84, 85, 91. Cf. l. un. C. VII, 24.

(7) par. 1 i. I, 4.

(8) Gai. II, 48; Paul. V, 1, 2; pr. i. ib.; l. 37, XL, 12; l. 6 C. VII, 14; l. 10 C. VII, 16; l. 3. C. VII, 22. Cf. par. 1 i. II, 6.

(9) Qui quidem ingenuus esse debebat (Plin. *Ep.*, X, 72).

(10) l. 1 C. Th. VII, 5.

(11) l. 3 C. VIII, 52.

(1) Gai. I, 84, 91, 160; Ulp. XI, 11; Paul. II, 21a; Tac. *Ann.* XII, 53.

(2) l. 4, 10, XLIX, 16.

(3) Ulp. XI, 11.

(4) Gell. XX, 1.

(5) par. 4 i. I, 3; par. 1 i. I, 16; l. 5, 1, I, 5; ll. 1; 3, XL, 13. Cf. l. 14 pr., 1, XL, 12.

f) manumissus, et denuo ingratitudinis causa erga patronum suum revocatus a libertate (6).

g) damnatus ad gladium, ad ferrum, ad poenas, ad ludos, ad metalla (7).

III — Fere omnes praedictae poenae paulatim recesserunt aliaeque introductae sunt. Nam SC. Claudianum fuit sublatum (8): mutato militiae statu, a capitis poena fuit recessum, quia plerumque muneri militari supplebatur voluntarie (9): contra incensos poena disparuit (10): debitorum poena in carcerem translata est (11); tandem aliae poenae vel in desuetudinem abierunt vel haud amplius servitutem gignebant (12).

§. 88. *Effectus.*

I — Effectus servitutis erat, ut homo in dominio eius esset, in cuius potestatem devenerat, eique subiiceretur (1). Ex huiusmodi dominio et subiectione omnia oriebantur iura, quae super servum competere potuissent, et commode reducebantur ad jus disponendi et jus adquirendi.

II — *Ius disponendi.* — Dominus disponere poterat de servi persona, scilicet:

a) alienare servum vel aliquod ius in re ipsi imponere (2).

b) transferre eiusdem possessionem, quia servus possidebatur a domino, nisi fugitivus et diu in libertatem commorans se liberum proclamasset (3).

c) vindicare apud quemlibet ipse inveniretur (4).

d) possessionem eiusdem defendere per interdicta (5).

(6) par. 1 i. I, 16; ll. 2; 4 C. VI, 7; ll. 1; 3 C. Th. IV, 10. Cf. l. 19, XXXVII, 14.

(7) Vocabantur servi poenae. Coll. XI, 7, 4; par. 3 i. I, 12; par. 1 i. I, 16; l. 8, 4, XXVIII, 1; ll. 8, 4, 11, 12; 12; 28, 6, XLVIII, 19.

(8) par. 1 i. III, 13; l. un. C. VII, 24.

(9) l. 4, 10, XLIX, 16.

(10) par. 1 i. I, 16.

(11) l. 23 C. I, 4; C. IX, 5; C. Th. IX, 11.

(12) Sic poena ad bestias (Cf. l. un. C. XI, 43; l. 1 C. Th. XV, 12); poena ad ludos (ll. cc.); poena ad metalla (Nov. 22, C. 8).

(1) Gai. I, 52; par. 1 i. I, 8; l. 1, 1, I, 6; l. 215, L, 16.

(2) D. XVIII, 7; C. IV, 55; l. 1 C. VII, 8. Hinc poterat imponere pignus (C. VII, 8); servitutem personalem (D. VII, 7; ll. 12, 5 seq.; 13; 14 pr.; 16, 2; 20, VII, 8; C. III, 33). In hoc altero casu, ususfructuarius adquirebat ex opere servi vel ex re propria; dominus servi adquirebat extra has duas causas e. g. ex haereditate et stipulatione (Gai. II, 91, 94; III, 165; Ulp. XIX, 21; Frag. Vat. 71, 89; pr., 4, i. II, 9; par. 2 i. III, 28; l. 21, VII, 1).

(3) ll. 13 pr.; 15; 47; 50, 1, XLI, 2.

(4) ll. 13; 14; 15 pr., 3; 16 pr., 17; 18; 20-22, VI, 1; ll. 5; 6, VI, 2; l. 7 C. XI, 47.

(5) Gai. IV, 162; par. 1 i. IV, 15; D. XLIII, 31.

III — *Ius adquirendi.* — Dominus quoque adquirere per servum poterat, scilicet:

a) possessionem, siquidem, uti diximus, a domino servus possideretur (6). In domino autem requirebatur animus possidendi (7).

b) jus haereditatis, quam domino iubente servus adiisset (8).

c) omnia, quae servus industria aut opere sibi comparasset, quamvis domino ignorante (9).

d) jus obligationis (10).

Praeterea, mos erat quod dominus concederet peculium servo in administrationem (11). Per huiusmodi peculium servus poterat contrahere cum extraneis, quo in casu extranei habebant contra dominum actiones de peculio, tributoriam, exercitoriam, institoriam, quod iussu et de in rem verso (12). Constabat peculium servorum saepe etiam ex aliis servis, qui *servi vicarii* seu peculiares appellabantur relate ad servum ordinarium (13). Post manumissionem, ex praesumpta domini donatione, penes manumissum remanebat, nisi expresse fuisset ademptum (14). Notandum, quod in adquisitione possessionis ratione peculii, non requirebatur animus domini (15).

IV — Plures poterant esse domini unius servi; quo in casu omnibus adquirebatur pro rata (16), nisi servus unius tantum nomine egisset (17), vel alii condomini adquisitioni impares fuissent.

Ceterum cum duplex esset dominii genus, aliud in bonis et aliud ex jure Quiritium (18), servus in potestate dicebatur eius qui eumdem in bonis habuisset, quamvis non ex iure Quiritium: huic ergo servus adquirebat (19).

Quod si penes possessorem bonae fidei extaret, tunc omnia veniebant, quae de possessore bonae fidei constituebantur. Quidquid

(6) Gai. II, 86, 87, 89, 90; l. 25, 2, XL, 12; l. 21 pr., XLI, 1; ll. 1, 6; 3, 10, XLI, 2. Circa adquisitiones per servos fugitivos, praeter ll. cc., cf. Frag. Vat. 89; par. 1 i. II, 16; l. 15, VI, 2; l. 1, 14, XLI, 2; l. 15, 1, XLI, 3; l. 60, XLVII, 2; l. 1 C. VI, 1. Contra servos fugae deditos vel fugitivos remedia inveniuntur in Paul. I, 6ª; D. XI, 4; XLVIII, 15; C. VI, 1; IX, 20.

(7) ll. 24; 44, 1, XLI, 2.

(8) Gai. II, 87; Ulp. XIX, 19; par. 3 i. II, 9; ll. 6 pr.; 79, XXIX, 2; l. 65 pr., XXXVI, 1.

(9) par. 3 i. II, 9; l. 32, XLI, 1.

(10) i. III, 17; l. 45 pr., XLV, 1; ll. 1 pr.; 3; 40, XLV, 3.

(11) l. 3, 2, XLVII, 22.

(12) Prout superius diximus de filio familias, par. 81, III, pag. 122 et seqq. — Cf. par. 4 i. IV, 7; par. 10; 36 i. IV, 6; ll. 1, 2; 5, 4; 9, 2; 29, 1; 47 pr., XV, 1; ll. 11; 12 C. IV, 26.

(13) par. 17 i. II, 20; ll. 4, 6; 6; 7 pr., 4, 17-19 pr., XV, 1.

(14) Frag. Vat. 261; par. 20 i. II, 20. Cf. l. 8, XV, 1; l. un. C. VII, 23.

(15) ll. 24; 44, 1, XLI, 2.

(16) par. 3 i. III, 17; par. 3 i. III, 28; l. 50 pr., XXX; ll. 37, 2; 45; 63, 1, XLI, 1.

(17) par. 3 i. III, 17; par. 3, i. III, 28; l. 37, 3, XLI, 1; l. 3 C. IV, 27. Cf. l. 13, XXXIX, 15.

(18) Gai. I, 54.

(19) Gai. l. c.; II, 88; III, 166; Ulp. XIX, 20. Cf. l. 1, 1, I, 6. Quomodo nudum ius Quiritium haberetur cf. Gai. II, 41; III, 56; Ulp. I, 16.

servus opere suo adquirebat vel ex re possessoris, ipsi adquirebat; extra has causas adquirebat domino (20).

V — Omnes praedicti effectus haud raro in dubitationem deducebantur, quatenus quaestio circa statum hominis exurgebat. Hinc oriebatur *liberale iudicium* (21), quod duplici sub respectu proponi poterat; vel uti *vindicatio in servitutem* quando ille in libertate moraretur, qui ab aliquo uti servus exigebatur; vel uti *vindicatio in libertatem*, si e contra in servitute esset eamque vitare contenderet (22).

Olim illi qui in servitute morabatur necessarius erat adsertor libertatis, ut litigare posset (23); sed a Iustiniano adsertor abolitus fuit et directe servus admissus ad litigandum (24). Aliud discrimen inter vindicationem in servitutem et vindicationem in libertatem erat, quod scilicet haec praescribi non posset (25), illa praescriberetur xx annorum spatio (26).

CAPUT III.

CAUSAE ET EFFECTUS DISSOLUTIONIS SERVITUTIS.

§. 89. *Causa non voluntaria.*

I — Inter causas, quae libertatem servis praestabant, aliae erant praeter vel contra domini voluntatem, aliae autem ex domini voluntate. Praeter vel contra domini voluntatem omnes erant illae causae, quae procedebant ex lege, sive in poenam ipsius domini, aut in praemium servorum, sive etiam ex factis quibusdam. Quae erant ex domini voluntate, reducebantur ad manumissionem.

II — *Poena* — Ex multiplici capite domini propter poenam amittebant servos suos, qui ideo in libertatem vindicabantur:

(20) Gai. II, 92; Ulp. XIX, 21; par. 4 i. II, 9; ll. 19; 23, 1, XLI, 1.

(21) par. 13 i. IV, 6; D. XL, 12; C. VII, 16.

(22) ll. 7, 5; 41 pr., XL, 12; l. 21 C. VII, 16. Qui temere in libertatem proclamasset, poterat criminaliter puniri (l. 39, 1, XL, 12). Si damnum obvenisset culpa eius qui liberale iudicium prosequeretur, debebat refici, licet dederit eo tempore in quo quaestio de statu agitabatur (ll. 12, 6; 13; 41, 1, XL, 12).

Ad collusionem detegendam in hisce status controversiis, ne erga servos nimia indulgentia dominorum amplissimus ordo inquinaretur, SC. factum est Domitiani temporibus, quo cautum, ut si quis probasset per collusionem quidquam factum, si iste homo servus esset, fieret eius servus, qui detegisset collusionem (D. XL, 16).

(23) Gai. IV, 14, 82; ll. 1-6, XL, 12. Cf. Frag. Vat. 324; Liv. III, 45; Donat. ad Terent. *Adelph.* II, 1; Fest. *Vindiciae.*

(24) ll. 1; 2 C. VII, 17.

(25) l. 3 C. VII, 22. Cf. l. 5 in med. C. VII, 16.

(26) ll. 1; 2 C. VII, 22. Post quinquennium vero a morte eius, quem quis servum suum diceret, non admittebatur amplius quaestio status (D. XL, 15). Quod item erat constitutum pro patrono, qui ius patronatus probare vellet contra aliquem iam defunctum, asserens eumdem fuisse suum libertum.

a) si dominus exponebat seu negligebat servum senem aut valetudinarium (1).

b) si servam prostituebat, de qua ne prostitueretur in emptione conventum fuisset (2).

c) si, iudeus cum esset, servum christianum circumcidebat (3).

III — *Praemium* — Pariter multiplici ex capite praemii loco servis libertas competebat:

a) si servus auctorem necis domini detegebat (4).

b) si monetarios adulterinam monetam clandestinis sceleribus exercentes denuntiabat (5).

c) si raptus virginis facinus, dissimulatione praeteritum aut pactione transmissum, in publicum deferebat (6).

d) si disertorem militiae indigitabat (7).

e) si cubicularii munere in sacro cubiculo fungebatur (8).

IV — *Facta diversa* — Facta, quibus servi libertatem consequebantur praeter vel contra domini voluntatem, ad haec reducebantur:

a) cum servus conditionem libertatis cursu XX annorum non interrupto usucaperet (9).

b) cum alter ex condominis vellet servum, omnibus communem, manumittere; tunc, in iure iustinianeo, cogebantur coeteri partem suam vendere, ut servus manumitteretur (10).

c) cum homo a duobus petitus in servitutem separatim pro parte dimidia, uno quidem iudicio liber, altero servus declararetur. Si iudices consentire in unum iudicium non possent, favore libertatis homo ille declarabatur liber (11).

d) cum pro servo, a domino in liberali iudicio superato, quis pretium eius solveret (12).

e) cum servus post triennium probationis in monasterio habitum indueret monasticum (13).

f) cum servus, non ex curiali vel cohortali conditione, episcopus eligeretur (14).

(1) l. un. 3 C. VII, 6; Nov. 153.

(2) l. 6, XVIII, 7; l. 7 pr., XXXVII, 14; C. IV, 56; l. un., 4 C. VII, 6.

(3) C. I, 10; ll. 1; 2; 4 C. Th. XVI, 9.

(4) l. 5, XL, 8; l. 1, C. VII, 13.

(5) l. 2 C. VII, 13; l. 2 C. Th. IX, 21.

(6) l. 3 C. ib.; l. 1 C. Th. IX, 24.

(7) l. 4 C. ib.; l. 4 C. Th. VII, 8.

(8) l. 4 C. XII, 5.

(9) C. VII, 22. Videtur quod antea sufficiens esset tempus X annorum (l. 16, 3, XL, 9).

(10) par. 4 i. II, 7; l. 1 C. VII, 7; Cf. Frag. Dosith. 16; Ulp. I, 18; Paul. IV, 12, 1. Quid dicendum in casu quo ex duobus unus nudam proprietatem, alter usumfructum habuisset in servo vide in l. 1 C. VII, 15. Cf. Frag. Dosith. 11; Ulp. I, 19; l. 9, 20, XXVIII, 5.

(11) l. 30, XL, 12.

(12) l. un. 8 C. VII, 6.

(13) Nov. 5, C. 2, 1.

(14) Nov. 123, C. 4; 35.

g) cum servus, sciente et non contradicente domino, in clerum cooptaretur (15).

§. 90. *Causa voluntaria.*

I — Dominus voluntate sua poterat dimittere servum in libertatem: hic actus appellabatur *manumissio* (1). Nihilominus notandum quod interdum huiusmodi manumissio erat etiam necessaria; scilicet vi alicuius conventionis (2) vel testamenti (3). Hisce in casibus servus reclamare poterat suam libertatem, nisi sibi libertas ipso iure competeret (4).

II — Manumittere poterant omnes qui specialiter non prohibebantur; sive privatus quisque dominus, sive universitas, ille quidem per se, haec vero per actorem (5). Pariter, manumissio omnibus servis erat possibilis; excipiebantur pauci casus, si nempe maior viginti annis se venumdari passus esset ad pretium participandum pretiumque vere partitus fuerit (6), vel si ageretur de servo per vim subrepto, quem liberum testamento esse iusserit subripiens (7).

Manumissio poterat esse ad diem vel sub conditione (8); tunc non aliter servus adipiscebatur statum libertatis nisi conditione adveniente (9). Quod si tam longum tempus propositum esset, ut eo tempore servus vivere non posset, vel conditio impossibilis appareret, inutiliter data libertas censebatur (10).

III — Manumissionis requisita alia intrinseca et alia extrinseca:

(15) Nov. 5, C. 2; Nov. 123, C. 17.

(1) ll. 9 pr.; 17 pr., XL, 9.

(2) ll. 5 pr.; 6, XL, 1; l. 2 C. IV, 56; ll. 1; 3; 6, C. IV, 57; l. 8 C. VII, 16.

(3) par. 2 i. II, 24; D. XL, 5; C. VII, 4. Cf. ll. 1; 3; 4; 6, XL, 8.

(4) ll. 4; 6, XL, 8; l. 4 C. IV, 57.

(5) D. XL, 3; C. VII, 9.

(6) ll. 1; 3; 5, XL, 13.

(7) l. 2 ib.

(8) ll. 6; 7; 8; 13, XL, 4; ll. 1 pr.; 41; 42, XL, 7.

(9) Usquedum dies vel conditio non advenerit, servus erat *statuliber* (Gai. II, 200; Ulp. II, 1; l. 1 pr., XL, 7; Festus, *Statuliber*). Eius conditio refertur ad XII tabulas (Ulp. II, 4; ll. 25; 29, 1, XL, 7).

Statuliber praesertim ex testamento originem habebat (Festus, *Statuliber*). At alii casus dabantur praeter manumissionem ex testamento (l. 1, 1, XL, 7. Cf. l. 14, XXXIII, 5; l. 11, XL, 1; ll. 12, 7; 13, XL, 9). Etiam in manumissione per censum ex quorumdam sententia libertas differebatur ad initium proximi lustri. (Frag. Dosith. 17a; Cic. *de orat.* 1, 40).

Potestas dominica perseverabat usque ad adventum diei vel conditionis (Gai. II, 200; Ulp. II, 2, 3; ll. 14, 1; 15, IX, 4; l. 13, 1, XX, 1; ll. 6, 3; 9, pr; 16; 25; 28, 1; 29 pr. XL, 7); postea fiebat liber (Ulp. II, 4-6; ll. 3, 1, 10; 20, 3, XL, 7. Cf. Festus, *Statusliber*). Medio ergo tempore dominus de ipso disponere poterat, quin tamen detrectaret iuri futurae libertatis (ll. 2; 6, 3; 7; 9 pr., XL, 7).

Obligatio statuliberi ordinario in eo consistebat, ut quamdam praestationem domino facere teneretur; ad hoc inservire poterat peculium sibi a testatore relictum, quo statuliber se liberaret.

(10) l. 4, 1, XL, 7.

1.° *Intrinseca* — Plurima erant, nempe:

a) manumittens necesse erat ut dominium servi haberet (11).

b) item requirebatur ut manumittens potestate alienandi gauderet (12).

c) non poterat fieri manumissio in fraudem creditorum, nisi forte propter institutionem servi haeredis necessarii (13).

d) opus erat ut dispositio observaretur legis Furiae Caniniae circa numerum manumittendorum (14).

2.° *Extrinseca* — Extrinsecum requisitum erat ut adhiberetur forma, quae diversa erat in jure veteri et in jure novo et in jure iustinianeo.

In jure veteri triplex erat:

a) per vindictam, seu per fictitiam in libertatem vindicationem (15), quae apud competentem magistratum sub poena nullitatis erat exercenda (16).

b) per censum, quando nomen servi in album civium romanorum referebatur (17).

c) per testamentum (18). Sic manumissus non consequebatur li-

(11) Gai. II, 267; Ulp. I, 23; ll. 4; 5 C. VII, 10. Si pluribus dominis servus spectaret, omnes consentire debebant; secus pars manumittentis coeteris haud consentientibus adcrescebat (Ulp. I, 18; Paul. IV, 12, 1; Frag. Dosith., 10). Iure iustinianeo diximus quod uno ex condominis manumittere volente coeteri tenebantur partem suam vendere (Cf. par. 89, IV, b. pag. 135.)

(12) Ulp. I, 17. Cf. Frag. Dosith. 15. In primo tractatu, pag. 11, diximus de lege Aelia Sentia, quae hanc potestatem limitibus circumscripserat (Cf. Gai, I, 18-20; 38-41; Ulp. I, 13, 13a; par. 4-6 i. I, 6; ll. 4, 2; 5 seq., XL, 2; l. 3, XL, 4). Hos limites abolevit Iustinianus in manumissione testamentaria (Nov. 119, C. 2. Cf. par. 7, i. I, 6).

(13) Frag. Dosith. 11; Ulp. I, 19; l. 3, XL, 1; ll. 1; 3; 5 C. VII, 8; l. 1, 1 C. VII, 15. Creditores ex lege Aelia Sentia contra manumissionem agere poterant (Gai. I, 37, 47; Ulp. I, 15; par. 3 i. I, 6).

(14) Gai. I, 42-45; Ulp. I, 24; Paul. IV, 14. Iustinianus hanc quoque dispositionem sustulit (i. I, 7; l. un. C. VII, 3).

(15) Ulp. I, 6, 7.

(16) l. 2, 1, I, 16.

(17) Ulp. I, 6, 8.

(18) Gai. II, 263; Ulp. I, 6, 9; XXV, 18; par. 2 i. II, 24. Libertas debebat praecedere institutionem haeredis factam in servo; secus institutio nulla erat (Gai. II, 153, 187. Cf. ib. I, 21; Ulp. XXII, 7, 8, 11). Etiam servo obveniebat libertas per tutoris dationem in testamento (Paul IV, 13, 3; l. 32, 2, XXVI, 2. Cf. l. 5, C. V, 28; par, 1 i. I, 14). Denique servo competere ex testamento poterat libertas etiam ex eo quod testator, quin ipsum haeredem vel tutorem constitueret, tamen voluntatem manifestaverit ut ille manumitteretur. Et si directe libertas data erat, tunc servus fiebat libertus sine patrono, idest *orcinus* (Gai. II, 267; Ulp. I, 9; II, 7, 8; l. 120, L, 16); si autem indirecte, manumissionem scilicet servi haeredi vel extraneo committendo (Gai. II, 263; Theoph. I, 14, 1; Ulp. II, 7; par. 2 i. II, 14), tunc servus habebat patronum haeredem, et libertas erat fideicommissaria (D. XL, 5; C. VII, 4). Servus in hoc altero casu reclamare poterat suam libertatem.

Quoad libertatem directe concessam notandum, quod locum non habebat nisi in servis propriis; fideicommissaria etiam in alienis. Quoad libertatem vero indirecte concessam pariter notandum quod testamento per repudium haeredis

bertatem nisi post mortem domini; inde appellatio liberti *orcini* ab orcu (19).

In jure novo praedictae formae publicae amplius non omnes retentae sunt, aut saltem iisdem solemnitatibus (20); tum aliae formae privatae inductae, praeter novam formam publicam manumissionis in sacrosanctis ecclesiis (21):

a) inter amicos (22).

b) per epistolam (23).

c) per convivium (24).

d) per concessionem matrimonii servae cum homine libero (25).

e) per adoptionem (26).

In jure iustinianeo adhuc vigebant formae publicae per vindictam (27), per testamentum (28), in sacrosanctis ecclesiis (29); nec non plurimae formae privatae (30).

§. 91. *Effectus.*

I — Omnes effectus qui oriebantur ex dissolutione servitutis reduci possunt ad duos, nempe ad libertatem ex parte eius qui olim servus fuerat, et ad ius patronatus ex parte eius qui olim servi dominus extiterat.

evanescente, nec aliquo existente qui ab intestato succederet, divus Marcus constituit libertatum conservandarum gratia ut servus ipse vel extraneus sibi bona addici petere valerent (D. III, 11. Cf. ll. 2; 3; 4; 30, 9, seq., XL, 5; ll. 6; 15 C. VII, 2). Id fuit extensum ad casus manumissionis factae per codicillum alimve modum causa mortis (par. 3; 6 i. III, 11; l. 2, XL, 5).

(19) Ulp. II, 8; par. 2 i. II, 24; l. 22, pr., XXXIII, 8; ll. 4, 12; 30, 12; 49, XL, 5; l. 10 C. VII, 2; l. un., 7 C. VII, 6. *Orcinus* erat libertus sine patrono, sed qui defunctum testatorem tamquam patronum habuit. Hoc strictu sensu *orcinus* erat solummodo qui vel libertatem directe ex testamento habuit, prout in casu nostro, quin tamen esset haeres institutus, vel qui libertatem habuit indirecte per institutionem haeredis. Sensu lato, nempe *orcinus* idest *sine patrono*, erat etiam qui libertatem consecutus esset in praemium sui aut in poenam domini (l. 3, 3, XX, 4; l. 4 pr. XXXVIII, 2; l. 5, XL, 8).

(20) Forma per censum tempore imperii disparuit (Frag. Dosith. 17; Gai. I, 17, 44, 140 cum Ulp. I, 8). Forma per vindictam solemnitatibus priscis exuta ad simplicem declarationem coram magistratu reducta est (Gai. I, 20; Ulp. I, 7; Paul. II, 25, 4; par. 2 i. I, 5; ll. 7; 8; 17; 21; 23, XL, 2; l. 4 C. VII, 1; Plin. *Epist.* VI, 16).

(21) C. I, 13; C. Th. IV, 7; Sozom. *Hist. Eccl.* I, 9.

(22) Gai. I, 41. 44; Ulp. I, 18.

(23) Frag. Dosith. 15.

(24) Gai. Visigoth. I, 1, 2.

(25) l. un., 9 C. VII, 6.

(26) par. 12, i. I, 11.

(27) par. 1, i. I, 5; C. VII, 1.

(28) Seu etiam per codicillum (par. 1 i. I, 5; par. 1, 2 i. I, 6; l. 2 C. I, 13; C. VII, 2). Iustinianus constituit quod sola haeredis institutio facta in persona servi sufficiens esset ad amissionem libertatis, licet non praecesserit libertatis datio in testamento (pr. i. II, 14).

(29) par. 1 i. I, 5.

(30) Cf. par. 1, 3 i. ib.; par. 12 i. I, 11; l. un. C. VII, 6; Nov. 22, C. 10, 11.

II — *Libertas* — Libertas triplex erat: dedititia, latina, romana (1). Qui libertatem perfectam consecutus esset, proprie *libertinus* appellabatur (2), et per hanc appellationem distinguebatur ab *ingenuo*, cui specialia privilegia concessa erant (3). Appellabatur quoque *libertus*, et per hanc appellationem relatio significabatur ad patronum, si quem habuisset.

Libertinus carebat illis privilegiis, quae diximus specialia ingenuo. Non ergo ei dabantur quaedam iura politici ordinis (4), neque absolute omnia iura ordinis privati (5). Ut maioris perfectionis iuridicae statum consequi posset, duo remedia in promptu erant: ius aureorum anulorum et restitutio natalium. Ius aureorum anulorum non praecise statum ingenuitatis conferebat, sed quamdam imaginem (6). Restitutio natalium ipsam ingenuitatem largiebatur (7). Iustinianus omnibus manumissis, quin specialiter peterentur, ambo concessit remedia, salvo tamen iure patronatus (8).

III — *Ius patronatus* — Oriebatur ex concessione libertatis, praesertim per manumissionem servi a domino factam; (9) et competebat imprimis ipsi domino, (10) et dein descendentibus proximioribus (11). Plurima complectebatur jura, et poterat quandoque cessare.

1. Iura — Haec erant:

(1) De his confer tractatum primum.

(2) Libertinus, qui ex iusta servitute manumissus erat: Gai. I, 11; pr. i. I, 5. *Iusta servitute*, quia ingenuitas non amittebatur per servitutem facti, a qua quis liberatus esset (par. 1. i. I, 4; C. VII, 14).

(3) par. 5 i. I, 3; pr. i. I, 4; pr. i. I, 5; ll. 5 pr., 2; 6, I, 5. Iuxta Svet. *Claud.* 24, antiquitus libertinus vocabatur filius manumissi.

(4) l. un. C. IX, 21; C. X, 32. Cf. l. 9 C. XII, 1; Liv. IX, 46. Extraordinario modo poterat libertinus dignitatem publicam adipisci e. g. decurionatum (Lex Colon. genit. C. 105 penes Bruns, p. 134).

(5) Ulp. XIII. Cf. l. 5, 1, XL, 11.

(6) Soli ingenui jus deferendi aureos anulos habebant (Plin. *H. N.* XXIII, 6; Macrob. *Saturn.* I, 6). Libertini, qui hoc ius obtinuissent, non eximebantur tamen a iure patronatus (Frag. Vat. 226. Cf. ll. 5; 6, XL, 10; Dio. Cass. XLVIII, 45; LIII, 34; Tac. *Hist.* I, 13; II, 57; Svet. *Galba*, 14; *Vitellius*, 12).

(7) l. 2 C. VI, 8. Cf. l. 10, 3, II, 4; l. 3, 1, XXXVIII, 2; D. XL, 11,

(8) Nov. 78, C. 1; 2; 5.

(9) Ius patronatus vetustissimum erat, neque solummodo super manumissos, sed et super clientes exercebatur. Circa jus in clientes historia valde obscura est; adhuc tamen sub imperio mentio habetur relationis inter clientelam et libertinitatem (l. 5, 1, IX, 3; l. 89, XLVIII, 2). Ius patronatus in clientibus cito evanuit, quia potius ad ordinem politicum spectabat, dum remansit jus patronatus in libertis quia ordinis privati.

(10) Gai. III, 59, 60, 62; Ulp. XXVII, 2; l. 3, 3, XXVI, 4; l. 8 pr., XXXVII, 14. Utique qui dominus esset pleno iure (Gai. I, 17; Ulp. I, 16, 23; XI, 19).

(11) Gai. III, 58, 60; Ulp. XXVII, 3, 4; ll. 4; 9 pr., XXXVII, 14; l. 23, 1, 2, XXXVIII, 2; nisi aliter ipse dominus designasset (i. III, 9; D. XXVIII, 4).

Ius patronatus, quod erat haereditarium ex parte patroni, fortasse fuit quoque haereditarium respectu liberti, nempe et ad libertorum filios producebatur. Sed aetate Ciceronis iam dubitatio oriebatur, num filii subiicerentur huic iuri patronatus (Donatus, I, 39), dein vero prorsus ingenui evaserunt (pr. i. I, 4; Plut. *Flamin.* 18). Servata est obbligatio praestandi patrono reverentiam (l. 4 C. VI,

a) reverentia a liberto praestanda (12) sub poena reversionis ad statum servitutis (13).

b) operum officialium exhibitio (14).

c) tutela legitima impuberis manumissi (15).

d) quaedam successio in bonis liberti (16).

e) alimentorum subsidium (17).

Poterant tamen alia iura accedere ex speciali conventione (18).

2. Cessatio — Cessabat ius patronatus:

a) per amissionem civitatis romanae sive ex parte liberti sive ex parte patroni (19).

b) in poenam criminis contra libertum (20).

c) per voluntariam renunciationem (21).

Ad imitationem liberalis iudicii pro statu servitutis erant quoque praeiudiciales actiones pro statu libertinitatis, sive ut patronus jus suum in libertum assereret, sive ut alter ingenuitatem suam contra praetensum patronum defenderet (22).

Patronus habebat insuper interdicta sive possessoria sive exhibitoria ad tuitionem exercitii proprii iuris (23).

7; l. 3 C. Th. IV, 10; Cic. *Phil.* II, 2; III, 6; XIII, 10).

(12) Gai. IV, 46, 183, 187; ll. 4, 1; 10 pr., 2; 24; 25, II, 4; ll. 2; 5-7; 9, XXXVII, 15; l. 41, XXXVIII, 1; l. 8, XLVIII 2; C. VI, 6. Cf. l. 4 C. Th. IX, 6.

(13) par. 1 i. I, 16; l. 6, 1, XXV, 3; l. 2 C. VI, 7; l. 1 C. Th. IV, 10.

(14) l. 26, 12, XII, 6.

(15) i. I, 17; l. 3 pr., 1, XXVI, 4.

(16) Quoad legislationem veterem cf. Gai. III, 40; Ulp. XXVII; XXIX, 1; Coll. XVI, 8, 2; Cic. *de orat.* I, 39. Quoad legislationem praetoriam cf. Gai. III, 41-53; Ulp. XXVIII, 7; XXXIX, 2, 3; Coll. XVI, 9, 1. Quoad legislationem iustinianeam cf. i. III, 8; C. VI, 4. In securitatem huius iuris cautum erat ut alienatio in fraudem patroni a liberto factam revocaretur actione Faviana vel Calvisiana (D. XXXVIII, 5).

(17) Quod ius erat mutuum sive pro parte liberti erga patronum, sive pro parte patroni erga libertum (Paul. II, 32, 1; ll. 5, 18-25; 6 pr.; 9, XXV, 3; l. 41, XXXVIII, 1).

(18) Conventio fiebat sive per promissionem sub iureiurando aliquid faciendi aut praestandi (l. 7, XXXVIII, 1; l. 44 pr., XL, 12; l. 13 pr., XLVI, 4; l. 1 C. VI, 3), sive per stipulationem (ll. 3 pr.; 5; 15, 1; 23 pr.; 24; 37 pr. XXXVIII, 1; ll. 54, 1; 73 pr., XLV, 1; l. 6, 1 C. VI, 3). Erant dona, munera, operae (Paul. II, 32; D. XXXVIII, 1; C. VI, 3). Hinc distinctio inter *operas officiales*, quae soli patrono, et *operas fabriles*, quae etiam filiis ipsius praestabantur (ll. 4-7, 6; 9; 22, 1; 23 pr.; 29, XXXVIII, 1). Tamen si patronus exegerit huiusmodi praestationem, opus erat ut iuri successionis renunciaret super bona manumissi (l. 32, XXXVIII, 1; l. 4 C. VI, 3; l. 2 C. VI, 13; l. 7 C. Th. IV, 4).

(19) l. 21 pr., XXXVII, 14.

(20) ll. 5, 1; 6; 10; 11; 15; 17, XXXVII, 14; l. 33, XXXVIII, 2; l. 4 C. VI, 14.

(21) l. 3 C. ib.

(22) Gai. IV, 44; par. 13 i. IV, 6; ll. 14; 18 pr., XXII, 3; l. 5, 18, XXV, 3; ll. 27, 1; 39 pr., XL, 12; l. 6, XL, 14; ll. 10; 17 C. IV, 19; C. VII, 14; ll. 11; 17; 18; 22; 28; 38, C. VII, 16; C. VII, 20.

(23) Gai. IV, 162; par. 1 i. IV, 15; D. XLIII, 31.

SECTIO QUARTA — DE POTESTATE IN MANCIPIO

CAPUT UNICUM.

§. 92. *Mancipium.*

I — Inter libertatem et servitutem penes romanos status quidam medius existebat, in quo neque libertas vera neque servitus vera recognoscebatur; versabatur quis plus minusve in servitute simpliciter facti. Huiusmodi status habebatur praesertim penes mancipium; sed et alii in eadem fere conditione versabantur.

II — Mancipium erat homo liber, qui servi loco ad tempus (1) ab aliquo detinebatur ex causa mancipationis sibi facta ab habente potestatem (2). Paterfamilias filium suum alteri mancipabat (3) fere semper ob noxae dationem (4). Sed praeter hoc proprie dictum mancipium aderat aliud fictitium, ut filius a patria vel uxor a maritali liberaretur potestate (5).

III — Quia mancipatio secumferebat servitutem tantummodo facti, jure libertatis servato, hinc:

a) mancipium capacitatem suam iuridicam favore illius apud quem detinebatur, exercebat (6).

b) domino inserviebat.

c) non tamen ab eodem possidebatur (7), neque aliquid contra ipsius mancipii dignitatem poterat admitti (8).

Disputatio fiebat, num filii in eadem conditione ac pater mancipium versarentur; sed praevaluit sententia quod essent veluti in suspenso, recasuri in potestatem patris quandocumque manumissus fuisset, vel futuri prorsus independentes suique iuris si pater in mancipio decessisset (9).

IV — Cessabat mancipium:

a) per manumissionem ab eo factam, cui pertinebat (10).

b) per adquisitionem tanti factam, quanti damni datum fuerat, ob quod noxae datio obvenerat (11).

(1) Gai. I, 141.
(2) Gai. I, 123, 138; II, 160; III, 114.
(3) Gai. I, 117, 119-122.
(4) Gai. I, 140. Cf. ib. IV, 79.
(5) Gai. I, 118[a], 132, 134, 135; IV, 79; Ulp. X, 1; l. 3, 1, IV, 5. Cf. Gai. II, 141; III, 6.
(6) Gai. II, 86, 90; III, 114, 163.
(7) Gai. II, 90.
(8) Gai. I, 141.
(9) Gai. I, 135.
(10) Gai. I, 140.
(11) Coll. II, 3.

Modi autem manumissionis iidem erant, qui pro servis; quin limites extarent quos constituerant leges Aelia Sentia et Furia Caninia (12). Quod dicendum pariter de manumissionis effectu. Manumissus suam priscam obtinebat libertatem (13), nec ingenuitatis propriae detrimentum patiebatur. Solummodo reservabatur manumittenti ius patronatus; (14) non autem ad operarum praestationem patronus ius habebat (15).

§. 93. *Alii status medii.*

I — Ad similitudinem mancipii, plures alii ob aliquod factum constituebantur in servitute facti. Distinctio tamen erat; nam mancipium deminutionem capitis patiebatur, non autem alii, qui e contra in puro facto servitutis tantummodo erant.

II — Causa erat multiplex: (1)

a) *Addictio.* — Addictus, adiudicatus, ille erat qui propter debita suo creditori addicebatur per decretum magistratus, vel virtute alicuius praecedentis sententiae iudicialis (2), vel virtute confessionis coram iudice factae de propriis debitis (3).

b) *Nexum.* — Habebatur quando quis nexum faciebat, seu per aes et libram se alteri obligabat; (4) et sumebat nomen ab ipsa contractus appellatione.

c) *Redemptio ab hostibus.* — Qui redimebatur ab hostibus, obligationem tenebat inserviendi usque ad solutionem pretii redem-

(12) Gai. I, 138, 139.

(13) Gai. I, 135.

(14) Gai. I, 166; Ulp. XI, 5. Cf. Gai. I, 172, 175; i. I, 18.

(15) Cf. l. 4, XXXVII, 12. Quoad ius successionis cf. par: 3. 4 i. III, 9.

(1) De statulibero cf. quae diximus in praec. par. 91, n. 9.

(2) Triginta dies concedebantur debitori post iudicium; dein creditor habebat manus iniectionem et poterat debitorem domum deducere (Gai. IV, 21; Coll. XVI, 9, 2; Gell. XVI, 10; XX, 1. Cf. Gai. III, 189).

(3) Lex Rubria, C. 21 penes Bruns, p. 100-101. Cf. Paul. II, 1, 5; V, 5a, 2. De fure, qui in legislatione veteri tribuebatur illi, cui furtum factum fuerat, disputabatur num esset verus servus, an potius in conditione adiudicati (Gai. III, 189; Gell. XI, 18; XX, 1; Ovid. *Fast.* III, 845; Serv. *ad Aen.*, VIII, 205).

(4) Triginta dies pariter concedebantur nexo postquam solutionis tempus advenerit. Transactis hisce diebus creditor habebat manus iniectionem (Dio. Alic. VI, 83. Cf. Fest. *Neotere, Nexum*). Nexum, nisi domum duci a creditore pateretur, debebat vindicem dare (Gai. IV, 21). Quando ducebatur domum, tamquam servus facti inservire cogebatur usque ad solutionem debiti (Varr. *de l. l.* VII, 105), et simul cum filiis suis (Dio. Alic. VI, 26, 29). Poterat in compedes creditor ipsum iniicere (Gai. IV, 21; Liv, II, 23), eiusque bona capere (Dio. Alic. VI, 29; Liv. II, 24).

Nexi effectus emolliti sunt per legem Valeriam (seu, uti alii volunt, *Valliam*; cf. Gai. IV, 25; Huschke, *Das Recht des Nexum*, 145), et prorsus disparuit per legem Poeteliam Papiriam (Val. Max. VI, 1, 9; Liv. VIII, 28; Cic. *de repub.* II, 34).

ptionis (5). Non tamen poterat retineri in servitute facti ultra quinquennium (6).

d) *Auctoratus.* — Auctoratus dicebatur ille, qui ob pecuniam promittebat personam suam ludis gladiatoriis (7). Hic tamen, excepta obligatione praedicta, in coeteris liber erat, (8) sibique adquirebat. In eadem conditione versabatur qui operas suas locasset, ut cum bestiis pugnaret (9).

e) *Venditio.* — Iuxta constantinianam dispositionem paterfamilias facultatem habebat vendendi filios sanguinolentos in casu necessitatis. Filius dein inservire debebat usquedum aliquo modo satisfactum esset emptori.

§. 94. *Colonatus.*

I — Quoddam genus servitutis apparuit in legislatione posteriori romana, quae distinctis caracteribus a vera servitute differebat. Qui in hac conditione versabantur *coloni* appellati sunt (1). Multa disputantur circa hoc institutum, quod satis obscurum nobis hodie proponitur.

II — *Origo.* — Qualitas colonatus oriebatur:

a) ex voluntaria locatione personali (2).

b) ex praescriptione triginta annorum (3).

c) ex nativitate (4).

d) ex lege.

III — *Conditio.* — Talis erat, ut ex una parte coloni libertate gauderent et jura habere possent, necnon testari, succedere ab intestato (5); ex alia parte vero inservirent terrae (6) cum persona et familia et bonis propriis (7). Exinde eorum prodibant officia:

a) ut terram, cui inserviebant, non derelinquerent (8), sub comminatione poenarum; (9) ita ut nec ipse dominus, ratione utilitatis publicae, posset eos avellere (10). Dominus eos persequebatur penes quemcumque detentorem (11).

(5) l. 19, 9, XLIX, 15; l. 2 C. VIII, 51.

(6) l. 20 pr., C. VIII, 51; l. 2 C. Th. V, 5.

(7) Gai. III, 146; Sen. *Ep.*, 37. Cf. Sen. *Ep.* 7; Cic. *ad Att.* IV, 46.

(8) Gai. III, 199.

(9) Cf. Coll. IV, 3, 2; IX, 2, 2.

(1) Cf. ll. 7; 21 C. XI, 47; Varr. *de r. r.* I, 17. Alio nomine dicebantur etiam *adscripticii*, vel *censiti*.

(2) l. 22 C. XI, 47; Nov. Valent. XXXII, 5, 6.

(3) ll. 19; 23 C. ib.

(4) Hinc coloni *originarii*: ll. 16; 21; 23; 24 pr. C. ib.

(5) l. 20 C. I, 3; l. 1 C. Th. V, 3.

(6) *Servi terrae:* l. un. C. XI, 51.

(7) ll. 15; 23, 1 C. XI, 47.

(8) ll. 12; 15; 23, 1 C. ib.; l. un. in med. C. XI, 51.

(9) l. 23 pr., C. XI, 47; l. un. C. XI, 52.

(10) ll. 2; 7 C. XI, 47; l. 3 C. Th. XIII, 10.

(11) ll. 6; 23, 2 C. XI, 47. Detentor subiiciebatur poenis (l. 12 C. ib.; l. un. C. XI, 51; l. un. C. XI, 52; l. 2 C. XI, 63).

b) ut inter vivos de nulla re disponerent sine consensu domini (12).

c) ut prohiberentur matrimonium cum libera contrahere (13).

d) ut annuam functionem praestarent (14).

e) ut subiicerentur correctioni domini (15).

IV — *Duratio.* — Colonatus de se perpetuus erat. Tamen cessare poterat:

a) per dignitatem episcopalem (16).

b) per statum monachalem (17).

c) per donationem fundi a domino factam favore coloni, qui eumdem fundum incolebat (18).

(12) l. 2 C. xi, 49.

(13) Nov. 22, C. 17 pr. Cf. l. 24 C. xi, 47.

(14) ll. 5; 20 C. xi, 47. Cf. ll. 1; 2 C. xi, 49. Tributum personale coloni solvebatur a domino (l. 4 C. xi, 47; l. 14 C. Th. xi, 1).

(15) l. 24, 1 C. xi, 47.

(16) Nov. 123, C. 4.

(17) Nov. 5, C. 2; Nov. 123, C. 35.

(18) Nov. Valent. iii, vi, 1.

TRACTATUS QUARTUS

DE JURE TUTELAE ET CURAE

SECTIO PRIMA — DE JURE TUTELAE

CAPUT I.

DE JURE TUTELAE IN GENERE.

§. 95. *Notiones.*

I — Soluta patria potestate liberi, qui in aliam non recidebant, sui iuris efficiebantur. At patre praematuro pato erepto, liberi poterant adhuc in impubertate relinqui, qui propter defectum iudicii nec se nec sua curare congruenter valerent. Imo, quamvis XXV annos excessissent proindeque liberam rerum suarum administrationem obtinuissent, interdum gravi animi corporisve vitio impediebantur quominus rebus suis superesse possent. Profecto naturalis ratio ac recta reipublicae administratio exposcebant ut hisce in casibus publica auctoritate liberis aliquis eligeretur, qui eorumdem personis et rebus tuendis curandisque operam daret. Hinc penes romanos ortum et evolutum est duplex illud institutum, tutelae scilicet pro impuberibus, et curae pro puberibus (1).

II — Tutela definita fuit a Servio: vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data et permissa (2). Potestas; sed utique prorsus diversa à potestate patria, dominica etc., quia illa nullam ad familiam habebat relationem (3).

Tutela antiquitus habebatur veluti munus, quod agnatis deferebatur, praesertim quorum maxime intererat ne patrimonium familiare everteretur; tractu temporis tamquam officium habita est (4) in rei-

(1) Gai. I, 142, 143, 189; Ulp. XI, I; pr., 1, 2 i. I. 13; l. 1 pr., XXVI, 1.

(2) par. 1 i. ib.; l. 1 pr. cit.

(3) Inde ratio cur tutela et ad latinos Iunianos pertineret (Frag. Vat. 193; 221), et cur pupillus bona propria haberet, licet sub potestate constitutus. Ex eo quod tutela erat potestas, pariter optime intelligitur quod ius administrandi secum afferret, necnon magnam relationem ad ius successionis.

(4) pr. i. I, 25; l. 6, 15, XXVII, I; ll. 1, 14; 18, 1, L, 4.

publicae utilitatem inductum (5). Sub utroque respectu tutor dicebatur quasi *tuitor:* tamquam pupilli parens erat (6).

III — Elementum essentiale tutelae duplex erat: interpositio auctoritatis et bonorum administratio. Hoc autem alterum eiusdem vis non erat ac primum: imo, in quorumdam sententia, nec essentiale uti patet in tutela foeminarum, in qua non habebatur nisi primum (7).

§. 96. *Discrimen inter tutelam et curam.*

I — Tutela sub quibusdam respectibus conveniebat cum cura; sub aliis vero prorsus differebat. Conveniebat:

a) quia utrique instituto iuridico communis erat protectio eius, qui se suaque defendere non posset.

b) quia utrique commune erat quod ad utilitatem publicam spectaret; erant enim publica officia (1).

II — Ex alia parte tutela distinguebatur a cura:

a) *propter personas* — Tutela generatim respiciebat impuberes, dum cura e contra generatim respiciebat puberes.

b) *propter finem* — Principium vigebat: *tutor personae, curator rei datur* (2). Id tamen recte intelligi debet. Non enim significabat quod tutor super personam pupilli invigilare deberet, et curator super bona puberis (3); nam prorsus contrarium contingebat. Revera tutoris officium erat incumbere potius patrimonii administrationi, et persona pupilli educanda tradebatur parentibus aut aliis personis a patre vel a magistratu designatis: curatoris vero officium saepius erat super personam quoque curandi invigilare ut sanitatem a morbo consequeretur (4). Significabat verius quod tutor auctoritate sua personam pupilli complere deberet, dum curator non vocabatur ad aliquam per se imperfectam personam complendam, quia curandus, quatenus pubes, perfecte capax erat (5).

(5) Tamquam officium publicum definita est tutela a Cic. *de off.*, I, 25. Boethius e contra in *Top.* ad germanam veteris iuris notionem reversus est, et definivit: ius alium tuendi.

(6) Ipsius fidei impubes committebatur, sed ad huius fidei vigilantiam et coeteri parentes impuberis et auctoritas publica concurrebant. Quare, uti videbimus, curabant ut iste *tutor* recte nominaretur, confirmaretur, iuramentum et cautiones praestaret, inventarium conficeret, rationes redderet finita tutela, et etiam, si indignus, repelleretur.

(7) Gai. I, 190, 191.

(1) pr. i. I, 25; l. 6, 15, XXVII, 1; ll. 1, 4; 18, 1, L, 4.

(2) par. 4 i. I, 14; ll. 12-4, XVI, 2.

(3) Haec explicatio communis erat penes iuris interpretes.

(4) l. 7 pr., XXVII, 10.

(5) In fontibus diligenter distinguitur *auctoritas* tutoris a *consensu* curatoris (Cf. tamen l. 8, I, 7; l. 61 pr., XXIII, 3; l. 1, 4, XXVI, 7; l. 17, 1, XLIX, 1; l. 8 C. V, 4).

c) *propter modum delationis* — Tutela triplici modo deferebatur: lege, testamento, magistratu. Cura solummodo magistratu: quod si in testamento quis designatus fuisset, nulla vis iuridica erat in tali designatione.

CAPUT II.

DE JURE TUTELAE IN SPECIE.

§. 97. *Notiones.*

I — Triplex genus tutelae: testamentaria, legitima, dativa. Triplex iste modus delationis non semper in usu penes romanos fuit; nam quemadmodum haereditatis, ita et tutelae — cuius ius cum haereditate tunc temporis maxime erat connexum — duplex olim delatio tantummodo agnoscebatur; per testamentum et per legem. Serius introductus est tertius modus (1).

II — In ordine delationis — prouti in ordine successionis haereditariae — prima erat delatio tutelae per testamentum. Si pater in testamento tutorem dedisset, iam non amplius locus erat alteri delationi. Sed si testamentum vel nullum fuisset, tunc lex ipsa succurrebat. In silentio autem testamenti et legis succurrebat tertio loco magistratus.

III — At hoc juxta rigorem principii: nam casus dabantur, in quibus tutela dativa praeiret legitimae (2):

a) si tutor testamento sub conditione aut in diem datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, non legitimus veniebat, sed alius dabatur tutor. Item si pure nominatus fuisset in testamento, quamdiu ex testamento nemo haeres existeret, tamdiu tutor dabatur (3).

b) si tutor testamentarius ab hostibus captus fuisset (4).

c) si tutor testamentarius morbo laborasset (5).

d) si ex pluribus tutoribus testamentariis alter excusaretur, dandus erat tutor; non enim locus esse poterat tutori legitimo, quia legitimus cum testamentario non concurrebat (6).

e) si tutor testamentarius unicus utique nominatus esset, sed excusaretur aut removeretur, tutor dabatur. Legitimus, testamento constante, venire non poterat (7). E contra si tutor unicus testamen-

(1) Saeculo v, iuxta Rudorff.
(2) Cf. l. 4 C. v, 36.
(3) par. 1 i. I, 20; l. 11 pr., XXVI, 2.
(4) par. 2 i. ib.; l. 1, 2, XXVI, 4. Cf. l. 10, 7, XXVII, 1.
(5) l. 17, XXVI, 1; l. 10, 8, XXVII, 1.
(6) ll. 11, 4, XXVI, 2.
(7) Gai I, 182; Ulp. XI, 23; l. 11, 1, 2, XXVI, 2; l. 3, 8, XXVI, 4; l. 9, XXVII, 3.

tarius mortuus esset, tunc quidem legitimus succedebat, quia iam plenum suum effectum obtinuerat testamentum (8).

§. 98. *Tutela testamentaria.*

I — Ut tutelae testamentariae locus esset requirebatur quod paterfamilias in testamento valido impuberi filio, in aliam potestatem non recasuro, tutorem dedisset.

Quare conditiones, quae requirebantur, erant:

a) ex parte patris, ut haberet patriam potestatem.

b) ex parte filii, ut esset impubes et sui iuris futurus.

c) ex parte testamenti, ut esset validum.

Iamvero si conditio defecisset ex parte filii, tutela ne concipi quidem poterat; si defecisset conditio ex parte testatoris vel testamenti, delatio tutelae non erat perfecta. Admittebatur tamen delatio imperfecta.

II — *Tutela testamentaria perfecta* — Erat illa, quae in testamento iure perfecto, aut, tempore imperiali, in codicillo testamento confirmato impuberibus liberis suis a patre constituebatur (1). Conditiones erant:

a) quod paterfamilias, qui directe potestatem exerceret super impuberem, tutorem nominaret. Si enim patria potestas mediata fuisset et mortuo avo adhuc extitisset persona media patris, in cuius potestatem recasurus esset impubes, tunc tutela testamentaria excludebatur (2).

b) quod tutor designatus factionem testamenti passivam haberet (3).

c) quod designatio tutoris esset certa (4).

d) quod daretur totius patrimonii; non enim tutor dari poterat certarum rerum vel causarum (5).

Pater in testamento facultatem dandi tutorem habebat pro omnibus liberis, sive masculis sive feminis, sive natis, sive posthumis dummodo iam conceptis; (6) imo admissum fuit quod etiam pro exhaeredato constituere posset (7).

(8) l. 11, 3, 4, xxvi, 2; l. 6, xxvi, 4. Cf. par. 2 i. i, 15.

(1) l. 3, xxvi, 2; l. 1, 1, xxvi, 3.

(2) Gai. i, 144, 146; Ulp. xi, 14, 15; par. 3 i. i, 13; ll. 1 pr., 2; 2, xxvi, 2.

(3) Ulp. xi, 16; ll. 3, 1; 21, xxvi, 2.

(4) par. 27 i. ii, 20; ll. 20; 30, xxvi, 2; l. un. C. vi, 48.

(5) par. 4 i. i, 14; ll. 12-5, xxvi, 2.

(6) Gai. i, 147; par. 4 i. i, 14; ll. 1, 1; 5; 6; 19, 2, xxvi, 2.

(7) ll. 4; 31 ib.

Bonum erat quod forma solita verborum uteretur (8) ad incertitudinem vitandam. Attamen in casu dubitationis non deerant regulae interpretandi (9).

Tandem, designatio fieri poterat ad diem vel sub conditione (10).

III — *Tutela testamentaria imperfecta* — Huic tutelae locus erat:

a) si patria potestas defecisset in ipso patre relate ad filium, quia emancipatus, vel filius naturalis. Admissum fuit quod simplex paternitas sufficeret ad designandum tutorem; filio tamen naturali aliquid relinqui opus erat (11). Magistratus sine inquisitione (12) confirmabat hanc designationem paternam, nisi causa abfuisset ob quam designatus videbatur (13).

b) si utique in patre potestas fuisset, at exercita vel non iusto testamento, vel non iuxta legis praeceptum. Tunc confirmandus pariter tutor erat (14).

c) si tutor processisset a matre. Matri opus erat ut haeredem institueret filium, et confirmandus erat tutor a magistratu praehabita inquisitione circa designationis causam (15).

d) si processisset ab extraneo. In hoc casu requirebatur quod impubes bona non haberet praeter ea quae ex institutione haeredis in testamento extranei recepisset; item necessaria erat magistratus inquisitio (16).

IV — Mos erat quod testator aliquid tutori a se designato relinqueret vel filiis eius, ut ad suscipiendam tutelam alliceretur. Si ergo tutor suscipere tutelam renuisset et excusationem ad hunc finem proposuisset, omnia sibi per testatorem relicta amittebat (17).

§. 99. *Tutela legitima.*

I — Deficiente in universum tutela testamentaria, cuius semper prima causa erat, legitima succedebat (1). Tutela legitima illa erat,

(8) Gai. I, 149.

(9) Sic *filiorum* nomine et filiae veniebant (l. 16 pr., XXVI, 2; l. 122, L, 16); item posthumi et posthumae (l. 5, XXVI, 2). *Tutor filio* designatus omnibus a filiis datus intelligebatur, si plures essent (l. 16, 1 ib.). Nomine *liberorum* et nepotes veniebant; non vero nomine *filiorum* (l. 6 ib.).

(10) par. 3 i. I, 14; l. 8, 2, XXVI, 2. Si sub diversis conditionibus tutor esset designatus, novissima inspiciebatur scriptura (ll. 8, 3; 10, 1 ib.).

(11) par. 5 i. I, 13; l. 1, 1, XXVI, 3; l. 4 C. V, 29.

(12) Inquisitio necessaria erat si designatio facta fuisset pro filio naturali, cui pater nihil reliquisset (l. 7, XXVI, 3).

(13) l. 4, XXVI, 2; ll. 1, 2; 8-10 ib.

(14) l. 7, XXVI, 3.

(15) l. 4, XXVI, 2; l. 2, XXVI, 3; l. 1 C. V, 19 : Cf. l. 4 C. V, 28, de qua fit quaestio circa lectionem.

(16) l. 4, XXVI, 3.

(17) l. 28 pr., XXVI, 2; ll. 28, 1; 32-35, XXVII, 1; l. 5, 2, XXXIV, 9; l. 25 C. VI, 37.

(1) Cf. l. 11 pr., XXVI, 2.

quae citra hominis factum ex sola legis dispositione deferebatur. Quadruplex distinguebatur: agnatorum, patronorum, parentum, fiduciaria.

II — *Tutela legitima agnatorum* — Tunc obtinebat, cum impubes ingenuus sui iuris fieret, quin fuisset emancipatus. Leges XII Tabularum ipsam deferebant tutelam proximis agnatis (2); si plures extarent, omnes eam suscipiebant (3); si vero unus tantum, ipse universam habebat, ita ut juxta ordinem successionis proximiorem remotior sequeretur (4).

Cum autem iure novissimo hoc successionis emolumentum (5) ad cognatos extensum fuerit per Nov. 118, ipsi quoque, secundum gradus sui praerogativam, ad legitimam tutelam vocati sunt. Mater et avia coeteris cognatis ex latere praeferebantur, modo apud acta secundis nuptiis et beneficio SC. Velleiani renunciassent (6).

III — *Tutela legitima patronorum* — Delata per leges XII Tabularum agnatis tutela super fundamentum successionis, pronum fuit ex iurisprudentiae interpretatione admittere quoque patronos ad legitimam tutelam libertorum. Patroni siquidem eorumque liberi ad libertorum suorum successionem vocabantur (7).

IV — *Tutela legitima parentum* — Patronorum exemplo recepta est alia tutela, parentum scilicet qui filium aut filiam, nepotem neptemve ex filio et alios descendentes impuberes alteri ea lege mancipio dedissent, ut sibi remanciparentur remancipatosque manumisissent. Tunc enim, tamquam patroni, tutores eorum legitimi fiebant (8).

V — *Tutela legitima fiduciaria* — Mortuo parente emancipante, liberi eius virilis sexus tutelam suscipiebant. Non vero vocabantur tutores legitimi, sed fiduciarii. Ratio est, quod cum legitima tutela stricto sensu (9) fundamentum haberet in praesumpto successionis iure, non poterant legitimi appellari qui hoc iure non gauderent, quemadmodum erant liberi patrisfamilias emancipantis, necnon extraneus emancipans eiusque liberi (10).

Ex dictis apparet etiam patrem potuisse dici tutorem fiduciarium proprii filii. Nam, mortuo avo qui nepotem ex filio emancipasset, hic filius fiebat tutor fiduciarius emancipati.

(2) Gai. I, 155, 165; Ulp. XI, 2, 3. Cf. pr. i. I, 15; l. 1 pr., XXVI, 4; l. 2 C. V, 30.

(3) l. 9, XXVI, 4.

(4) ll. 1, 1; 8; 10 pr., ib. An post agnatos venirent gentiles non est certum (Cf. Cic. *pro domo*, 13, 35).

(5) Cf. l. 1 pr. ib.

(6) Nov. 118, C. 5.

(7) Gai. I, 165; Ulp. XI, 3; i. I, 17; ll. 1; 3 pr., 1, XXVI, 4.

(8) Gai. I, 166; i. I, 18. Cf. Gai. I, 172, 175.

(9) Diximus stricto sensu; nam fiduciaria tutela, cum ex legis dispositione procedat, legitima et ipsa dicenda est.

(10) Gai. I, 166a, 175, 195a; Ulp. XI, 5; i. I, 19.

VI — Quae praedicta sunt de parentum legitima tutela et fiduciaria immutari debuissent quando Iustinianus formam veterem emancipationis abolevit, nempe formam trium mancipationum et manumissionum. Nihilominus Iustinianus non solum hoc genus tutelae legitimae servavit, sed etiam distinctionem inter legitimam emancipantis et fiduciariam liberorum eius ad imitationem veteris iuris, statuitque quod pactum fiduciae de remancipando in omni emancipationis actu subaudiretur (11).

§. 100. *Tutela dativa.*

I — Tutela dativa ex magistratus proficiscebatur auctoritate, cui dandi tutores ius erat. Huic tutelae locus erat cum — uti diximus — vel defecissent testamentaria et legitima vel testamentaria in suspenso permaneret. Erat enim regula quod tutorem habenti tutor dari non posset (1).

II — Ad huius generis tutelam requirebantur:

a) quod tutor ab eo daretur, qui iurisdictionem aut in personam aut in bona pupilli haberet (2).

b) quod ille daretur tutor, qui iurisdictioni magistratus subiiceretur (3).

c) quod magistratus legitimam servaret formam et modum in datione tutoris, idest ex inquisitione (4).

d) quod datio esset absoluta, utpote actus legitimus; nimirum sine diei vel conditionis adiectione (5).

III — Quamvis antiquitus magistratus potestatem haberet dandi tutorem in casu quo tutores testamentarius et legitimus interesse alicui actui pupilli non valuissent (6), tamen vera origo instituti iuridici tutelae dativae ex lege Atilia petenda est, unde appellatio *tutoris Atiliani* seu dativi (7).

In urbe Roma dabatur a praetore urbano et maiori parte tribunorum plebis (8). Post Claudium potestas dationis consulibus fuit con-

(11) Cf. par. 8, i. III, 2. Item i. I, 18, 19; l. 4, 25 C. VI, 4; l. 6 C. VIII, 49.

(1) l. 27, XXVI, 2.

(2) l. 7, XXVI, 3; l. 3, 5, XLVI, 7; l. un. C. V, 32.

(3) ll. 3; 24, XXVI, 5; l. 5 C. V, 34.

(4) l. 7, 1, XXVI, 3; l. 21, 2, 5, 6, XXVI, 5.

(5) l. 6, 1, XXVI, 1; l. 77, L, 17.

(6) E. g. si lis inter pupillum et tutorem adesset. Tunc tutor dabatur, cui nomen tutor *praetorius* seu *praetorianus* (Gai. I, 184; Ulp. XI, 24; par. 3 i. I, 21).

(7) Dativus antea dicebatur etiam tutor testamentarius (Gai. I, 154; Ulp. XI, 14). Serius huiusmodi appellatio reservata fuit pro tutore a magistratu dato (Cf. l. 7, XLVI, 6; l. 52 pr. C. I, 3; l. 5 C. V, 30).

(8) Gai. I, 185; Ulp. XI, 18; pr. i. I, 20.

cessa (9); imo praetor specialis constitutus est, qui ***praetor tutelaris*** appellabatur (10), aut etiam ***pupillaris*** (11). Insimul potestas tradita fuit praefecto Urbi (12), cui serius relicta est datio tutorum pro pupillis illustribus et clarissimis, reservata praetori tutelari datione pro caeteris (13).

In provinciis praesides ex lege Iulia et Titia (14) tutores dabant, vel magistratus iussu praesidum, si magnae non fuissent pupilli facultates (15). Tandem Iustinianus constituit, ut non expectata praesidum iussione, si facultates pupilli usque ad quingentos solidos valerent, defensores civitatum una cum eiusdem civitatis antistite, vel aliae publicae personae tutores darent (16).

IV — Cum facile contingere posset quod magistratus ignorarent quandonam necessitas aderat tutores dandi impuberibus, constitutum est, ut essent qui ius petendi tutores haberent; quin etiam quibusdam obligatio hac in re fuit imposita. Quapropter alii volentes, alii ex necessitate petebant.

Voluntarie petebant cognati, affines, qui in proximo succedendi gradu haud essent; item familiares parentum, amici, educatores (17).

Eorum vero, qui necessario petere debebant, duplex erat ordo; alii nimirum ex officio a lege constituto, sed propria ipsorum utilitate, alii ex legis imperio ob solum pupillorum commodum. Hinc:

a) propria utilitate petebant legatarii, creditores et quicumque alii actionem vel persecutionem adversus impuberem habuissent, ut ita adesset qui eum in iudicio tueretur. Non vero statim potere cogebantur, sed prius rogare eos debebant, quibus obligatio generalis, de qua infra, incumbebat petendi tutores; in ipsorum negligentia tunc magistratum adibant (18).

b) ob impuberis commodum tenebatur petere imprimis mater pupilli (19). Ipsa enim non tantum legitimis, sed et naturalibus filiis tutores petere debebat (20); et deficiente matre, hoc onus ad aviam transibat (21). Postea veniebant omnes qui proxime ad impuberis successionem vocarentur (22).

(9) Gai. I, 200; Frag. Vat. 155; par. 3 i. I, 20; l. 1, 1 i. f., XXVI, 3; Svet. *Claud.*, 23; Plin. *Ep.* IX, 11.
(10) De quo specialiter scripsit Ulpianus (Cf. rubr. Frag. Vat. 232).
(11) Frag. Vat. 244; Capitol. *Marc. Aurel.*, 10.
(12) l. 45, 3, XXVII, 1; ll. 3; 4, 4 C. Th., III, 17.
(13) par. 4 i. I, 20; l. 1 C. V, 33; l. 2, 4 C. V, 35; ll. 3; 4 C. Th. III, 17.
(14) Gai. I, 185, 195; Ulp. XI, 18.
(15) par. 4 i. I, 20; ll. 3; 19, XXVI, 5. Cf. l. 2, 5, L, 1.
(16) par. 5 i. ib.; l. 30 C. I, 4.
(17) l. 2 pr., XXVI, 6.
(18) l. 2, 3 ib.
(19) par. 6 i. III, 3; l. 2, 1, 2, ib.; l. 2, 23, XXXVIII, 17.
(20) l. 11 C. V, 21.
(21) l. 2, 28, XXXVIII, 17.
(22) l. 10 C. VI, 58; Nov. Th. XVII.

Petere debebant intra annum (23), et quidem cum effectu; ita ut si petitus removebatur aut excusabatur, obligatio iam adimpleta haud censeretur (24). Curare ergo necesse erat, ut non rite a parente designatus tutor decreto praetoris confirmaretur (25).

CAPUT III.

DE INCAPACITATE, EXCUSATIONE ET REMOTIONE TUTORUM.

§. 101. *Incapacitas.*

I — Incapacitas ad tutelam duplici ex capite originem trahebat: vel ab intrinseco, nempe propter qualitatem aliquam personalem qua quis impediebatur a gestione, vel ab extrinseco, nempe propter factum aliquod a tutela excludens.

II — *Incapacitas ab intrinseco* — Propter aliquam personalem qualitatem impares erant tutelae :

a) servi (1). Si tamen nominati tutores in testamento fuissent, tamquam manumissi habebantur et ad tutelam admittebantur (2).

b) peregrini. Tutela munus erat romanorum civium (3).

c) foeminae. Tutela erat quoque masculorum munus (4). Postremis imperii temporibus mater et avia admittebantur (5), modo secundis nuptiis et beneficio renunciassent SC. Velleiani (6).

d) minores. Olim tantummodo impuberes incapaces declarabantur; minores potius excusationem habebant (7). Post Iustinianum minores incapacitate quoque mulctati sunt (8).

e) milites. (9) Excipiebatur casus tutelae filii commilitonis (10).

f) episcopi et monachi (11).

(23) l. 2, 43, xxxviii, 17 ; l. 10 C. cit.; Nov. Th. cit.

(24) par. 6 i. iii, 3; ll. 2, 1; 4, xxvi, 6.

(25) l. 4 pr. ib. — Quae diximus nuper, conveniunt pariter liberto, cui obligatio erat impuberibus patroni liberis tutorem petendi (l. 1, 1 ib.; l. 2 C. v, 31).

(1) l. 7 C. v, 34.

(2) par. 1 i. i, 14.

(3) Quoad latinum iunianum cf. ex una parte Gai. i, 23; Ulp. xi, 16; ex altera Frag. Vat. 172, 193, 221.

(4) ll. 16 pr. ; 18, xxvi , 1 ; l. 26 pr. xxvi, 2.

(5) ll. 2; 3 C. v, 35; l. 6 C. vi, 56; l. 6 C. viii, 15; l. 4 C. Th. iii, 17; Nov. Th. xvii. Cf. l. 18, xxvi, 1.

(6) Quoad secundas nuptias notandum quod ipso iure tutela cessabat, et bona matris vel aviae una cum bonis secundi mariti hypothecae subiicebantur (Nov. 22, C. 38; 40; Nov. 94, C. 2; Nov. 118, C. 5) Quoad renunciationem beneficio SC. Velleiani cf. Nov. 94, C. 2; Nov. 118, C. 5.

(7) Frag. Vat. 151, 223; par. 13 i. i, 25; l. 10, 7, xxvii, 1.

(8) par. 2 i. i, 14; par. 13 i. cit.; l. 5 C. v, 30. Cf. l. 32, 2, xxvi, 2. Qualitas filiorumfamilias non erat neque incapacitas neque excusatio (pr. i. i, 14; l. 7, xxvi, 1; l. 21, xxvi, 7.)

(9) par. 14 i. i, 25; l. 4 C. v, 34.

(10) l. 23, 1, xxvii, 1.

(11) Nov. 123, C. 5.

III — *Incapacitas ab extrinseco* — Propter factum iuri extrinsecum non erant strictu sensu incapacitates; nam incapacitas vera fundamentum in qualitate potius personali habebat. Attamen plures excludebantur a tutela, nempe:

a) amentes, prodigi interdicti, rustici, surdi, muti, coeci (12).

b) pauperes (13).

c) inimici. Ille qui inimicitias capitales cum patre impuberis exercuisset, nec intercessisset reconciliatio, excludebatur a tutela (14).

d) debitores vel creditores impuberis (15). Excipiebatur ascendens, a quo periculum fraudulentae gestionis non erat timendum (16).

e) litigiosi. Nimirum si quis litem habuisset cum impubere circa omnia bona aut maiorem bonorum partem (17); item si lis esset adversus personam coniunctam (18).

f) ambitiosi. Qui se ingerebat ut tutor crearetur et ad hoc pecuniam offerebat, in causa erat cur excluderetur (19).

g) demum expresse prohibiti. Parentes impuberis interdum expresse quosdam a susceptione tutelae prohibebant (20).

§. 102. *Excusatio.*

I — Excusatio erat iustae causae allegatio apud competentem magistratum ad obtinendam sive in totum sive pro parte immunitatem a tutela.

Iamvero in iis casibus, de quibus in praecedenti paragrapho, si ex una parte exclusionis, ex alia parte excusationis causa oriebatur, si forte propter qualitatis vel facti excludentis ignorantiam quis ad tutelam vocatus fuisset. Hinc est quod iuris interpretes illam recte appellaverint excusationem necessariam ut distingueretur a proprie dicta excusatione, de qua in praesenti paragrapho, quam voluntariam dixerunt, quaeque a vocatis ad tutelam proponi debet (1).

(12) Frag. Vat. 244; par. 2 i. I, 14; par. 8 i. I, 25; ll. 1, 2, 3; 17, XXVI, 1; ll. 6, 19; 40 pr., XXVII, 1.

(13) Frag. Vat. 240; par. 6 i. I, 25; ll. 7; 40, 1, XXVII, 1.

(14) par. 11 i. ib. — Quisnam inimicus in sensu praedicto censeretur cf. par. 9, 12 i. ib; ll. 6, 18; 20; 21 pr., XXVII, 1; l. 16 C. V, 62.

(15) Nov. 72, C. 1-3. Si isti tacuissent et in silentio tutelam suscepissent non solum removebantur, sed iacturam patiebantur et a creditis occultatis decidebant (Auth. *Minoris* ad l. 8 C. V, 34: Nov. 72. C. 3; 4).

(16) Nov. 94, C. 1.

(17) l. 20, XXVII, 1. Cf. par. 4 i. I, 25; l. 21, XXVIII, 1.

(18) l. 23 C. V. 62.

(19) l. 21, 6, XXVI, 5.

(20) l. un. C. V, 47.

(1) Sunt qui hanc distinctionem veluti contrariam in terminis reiiciunt. Non videtur tamen iure merito si non ad rem grammaticam, sed potius ad sensum attendatur. Per se excusatio est semper

II — Tempore, quo tutela veluti munus respiciebatur, poterat, si testamentaria aut dativa, recusari (2). Legitima vero, non; quia emolumentum successionis secumferebat obligationem muneris suscipiendi. Sed etiam quoad legitimam tutelam, cum in feminis perpetua esset, aliquo modo obligatio devitari poterat percessionem alteri faciendam, qui *tutor cessitius* appellabatur (3).

Postquam vero officium publicum evaserit tutela, tunc pro omnibus facta est obligatio (4), etiamsi testamento tutores fuissent dati (5).

III — Iustae excusationis causae et numero plures et qualitate effectuque inter sese diversae erant. Quaedam totaliter a tutela excusabantur; quaedam a parte tantummodo: quaedam a tutela certarum personarum. Quae autem in universum tutela liberabant, vel a suscepta ac suscipienda vacationem praebebant, vel a suscipienda tantum.

1⁰ Excusabant a suscipienda et suscepta tutela :

a) diversitas domicilii (6). Si pupillus in eadem moraretur provincia, sed bona in alia quoque habuisset, hisce alter tutor aut curator dabatur (7).

b) adversa valetudo (8).

c) assumptio in principis consilium (9).

d) absentia reipublicae causa. Excusabat a tutela non solum tempore quo quis absens fuisset, sed et post annum reversionis in patriam (10). Si absentia durante tutela accidisset, tunc reversus statim reassumere tutelam tenebatur (11). In omni casu curator constituebatur (12).

2⁰ Excusabant a suscipienda tantum tutela :

a) aetas septuagenaria (13).

b) imperitia literarum (14).

voluntaria; at si ex alio capite fundamentum praebeat exclusioni, tunc non est simpliciter excusatio, et veluti duplici elemento constat.

(2) Propterea tutor testamentarius aut dativus abdicabat se a tutela vel potiorem nominabat (Ulp. XI, 27; Paul. II, 28; 29; Frag. Vat. 157 seq., 206 seq). Tutor testamentarius amittebat tunc sibi relicta (l. 28 pr., XXVI, 2; ll. 32-36, XXVII, 1; l. 5, 2, XXXIV, 9; l. 25 C. VI, 37); et hoc etiam vigebat in iure novo.

(3) Gai. I, 168 seq.; Ulp. XI, 6 seq.

(4) l. 1 pr., XXVI, 7; l. 9, L, 4; l. 3 C. V, 43.

(5) ll. 10, 4; 37 pr.; 45, 1, XXVII, 1. Quapropter necessaria erat excusationis causa.

(6) l. 46, 2. Cf. l. 12, I, XXVII, 1.

(7) l. 10, 4 ib.

(8) par. 7 i. I, 25. Cf. Frag. Vat. 238, 239; ll. 10, 8; 11; 40 pr. ib.

(9) l. 11, 2, IV, 4; l. 30 pr., XXVII, 1. Cf. l. 25 C. V, 62; l. 5 C. XII, 16.

(10) par. 2 i. I, 25; l. 10 pr., 1, 3, XXVII, 1. Cf. l. 41, 2 ib.; ll. 1; 2 C. V, 64.

(11) par. 2 i. cit.; l. 10, 2, XXVII, 1. Cf. l. 45, 1 ib.

(12) par. 2 i. cit.

(13) par. 13 i. ib.; l. 2 pr. XXVII, 1. Cf. Frag. Vat. 238; l. un. C. V, 68.

(14) par. 8 i. ib. Cf. l. 6, 19, XXVII, 1.

c) liberorum numerus. Romae quidem trium, in Italia quatuor, in provinciis quinque (15). Liberorum numero excusabant illi quoque qui sub potestate non erant (16); item qui in adoptionem dati essent (17), non vero in adoptionem recepti (18): item bello amissi (19). Procul dubio liberi primi gradus excusationi inserviebant; sed et nepotes ex filio, non vero ex filia (20).

d) onus trium aliarum aut plurium tutelarum (21). Si fuissent affectatae, non proderant (22); si vero extraordinariae fuissent, etiam minor numerus earum exigebatur (23). Filiorum tutelae non excusabant patrem, nisi is de earum gestione teneretur (24). Tutelae non computabantur a numero pupillorum, sed patrimoniorum (25).

e) functio honorum vel magistratuum nec non professio liberalium artium, limitate tamen interdum ad numerum profitentium (26).

f) cura rerum ad principem vel fiscum spectantium, non etiam praediorum fiscalium conductio (27).

g) privilegium universitatum collegiorumque quorumdam (28). Nisi de sodalium filiis ageretur (29).

h) militia, a qua honesta missio concessa fuisset (30).

i) conditio athletae, qui sacris certaminibus coronatus fuisset (31).

l) sacerdotium (32).

3.⁰ Excusabat a parte tantummodo tutelae amplitudo patrimonii pupillaris, vel si ita dissitis in regionibus fuisset diffusum, ut tutoris unius sollicitudo impar esset unicae gestioni (33).

4.⁰ Excusabat aliquando a certarum personarum tutela ipsa personarum conditio et disparitas status (34).

IV — Tempus quinquaginta dierum concessum fuit ut quis a tutela suscipienda excusationem proponeret, modo tutor intra centesi-

(15) Frag. Vat. 247; pr. i. ib.: l. 1 C. v, 66. An iusti filii requirerentur cf. Frag. Vat. 168, 194.

(16) Frag. Vat. 194; l. 36, 1, XXVII, 1.

(17) Frag. Vat. 168, 196; pr. I, 25; l. 2, 2, L, 5.

(18) Frag. Vat. 196.

(19) Frag. Vat. 197, 199; pr. i. I, 25; l. 18, XXVII, 1. — Defuncti in genere non considerabantur (pr. i. cit.; l. 2, 4 ib).

(20) pr. i. cit.; l. 2, 7, ib.; l. 2 C. v, 66.

(21) par. 5 i. ib.; ll. 2, 9; 4 pr.; 15, 16; 31 ib.

(22) par. 5 i. cit.

(23) l. 31, 4, XXVII. 1.

(24) ll. 4, 1; 5 ib.

(25) par. 5 i. I, 25; ll. 3; 30, 1; 31, 4 ib.

(26) Frag. Vat. 149, 150; par. 2, 3, 15 i. ib:; ll. 6; 17, 5 ib.

(27) par. 1 i. ib.; ll. 22, 1; 41 pr., 1 ib.; l. 8 C. v, 62.

(28) ll. 17, 1 seq.; 26; 46 pr. ib.

(29) l. 41, 3 ib.

(30) Interdum quoque excusabantur a tutela filiorum collegarum (ll. 8; 9; 10, 5 ib. ll. 1; 2 C. v, 4).

(31) l. 6, 13, XXVII, 1.

(32) Frag. Vat. 148; l. 52 C. I, 3; Nov. 123, C. 5 — Denique tutela antea gesta excusabat a suscipienda cura eiusdem hominis (Frag. Vat. 188; par. 18 i. I, 25; l. 20 C. v, 62).

(33) ll. 10, 4; 21, 2; 42, XXVII, 1.

(34) ll. 15, 3; 17, 7; 45 ib.; ll. 3; 24 C. v, 62.

mum lapidem esset a loco ubi tutela delata erat et postquam cognovisset nominationem (35). Si ultra, singuli dies dabantur in singula xx milliaria, et praeterea 30 dies, ita tamen ut non pauciores tutor dies haberet quam quinquaginta (36). Intra quadrimestre peragi totum negotium debebat (37).

Si plures essent excusationis causae, ipsarumque in aliqua quis excideret, poterat reliquas urgere, modo intra constitutum tempus (38). Quapropter ab iniusta excusationis reiectione licita erat appellatio; secus tutor nominatus acquiescere rei iudicatae cogebatur (39). Ceterum, si tutela suscepta quin excusatio fuisset proposita aliae de novo deferrerentur tutelae, non prohibebatur quis illam causam proponere (40).

Falsae excusationum allegationes a munere tutelae non liberabant (41). Beneficium quoque excusationis amittebatur ab eo qui se administrationi immiscuisset (42), aut patri pupilli tutelam suscepturum promisisset (43), aut legatum propter gestionem tutelae sibi relictum acceptasset (44).

§. 103. *Remotio.*

I — Legislator cavebat pupillis (1) ne bona ipsorum dilapidarentur (2). Quapropter qui damnum afferret in gestione tutelae aut illaturus suspicaretur, ab administratione removebatur sive suscipienda sive suscepta. Hinc remotio suspecti tutoris.

Suspectus generatim dicebatur tutor qui non ex fide tutelam gereret (3), vel ea, qua par erat, diligentia in officio sibi demandato versaretur (4), vel etiam qui moribus notaretur corruptis (5). Et hoc,

(35) par. 16 i. I, 25; l. 13, 1, 2, 9, XXVII, 1. Cf. l. 45, 1 ib.; l. 6 C. v, 62.
(36) par. 16 i. cit.; l. 13, 1, 2 cit.
(37) l. 38 ib.
(38) par. 16 i. cit.; l. 21, 1, ib.
(39) l. 13 ib.; ll. 3; 6; 15 C. v, 62.
(40) l. 12 C. ib.
(41) par. 20 i. I, 25; C. v, 63.
(42) Frag. Vat. 154; l. 2 C. ib.
(43) par. 9 i. I, 25; l. 15, 1, XXVII, 1.
(44) l. 32 seq. ib. — Libertus a tutela pupilli patroni non excusabatur (l. 5 C. v, 62).

(1) Deinde extensa fuit huiusmodi providentia ad minores quoad curatores (l. 19, XXVI, 7; l. 3, 2, 3, XXVI, 10; ll. 2; 5; 7 C. v, 43).
(2) l. 19, XXVI, 7.
(3) par. 5 i. I, 26. Species huius tutoris, qui non ex fide tutelam gereret, habebatur in illo qui copiam sui non fecisset, ut alimenta pupillo decernerentur (par. 9 i. I, 26). Iamvero distinguebatur inter absentiam et absentiam. Si tutor absens fuerit ex necessitate, pupillo cavebatur in ipsius absentia (l. 6, XXVII, 2); et si ex mala fide se celasset, tunc vel pupillus in bonorum illius possessionem mittebatur, vel a tutela tutor uti suspectus removebatur (l. 3, 14, XXVI, 10; l. 6, XXVII, 2). Praeterea, si tutor praesens negaret propter inopiam alimenta decerni posse, si hoc per mendacium dixisset, remittendus erat ad praefectum Urbi puniendus (par. 10 i. I, 26).
(4) l. 3, 1, XXVI, 10; l. 5 C. v, 43. Ex eo quod tutor tutelam non gesserit locus accusationi esse non poterat (l. 4, 4, XXVI, 10).
(5) par. 12 i. I, 26.

uti diximus, non tantummodo in cursu tutelae, sed etiam ante coeptam, si non ex fide eam gesturus praesumeretur, praesertim si mora in suscipienda tutela ex dolo oriretur: in hoc casu tutor potius dicebatur *quasi suspectus* (6).

II — Aderat ergo crimen suspecti tutoris contra eum qui male gessisset tutelam; et crimen quasi suspecti, ex quo ante inchoatam reiici poterat tutor. Huiusmodi crimen ex XII tabulis descendebat (7). An fuisset tamen actio popularis quaestio est (8). De tali crimine dein Praetor rationem quoque habuit in suo edicto (9).

Cognitio suspecti tutoris ad praetorem Romae, in provinciis ad praesidem et legatum proconsulis spectabat (10).

Neque eius efficacia vitari poterat quamvis vocatus ad tutelam satisdedisset, quia satisdatio propositum tutoris malevolum non mutabat, sed potius diutius grassandi in re pupillari facultatem praestabat (11).

III — Accusandi de crimine suspecti facultas latissime patebat (12). Feminis quoque, quae generatim non poterant de crimine publico accusare (13), permittebatur, modo de earumdem verecundia et pietate constaret (14). Imo erat obligatio quoque accusandi, quemadmodum in contutoribus relate ad proprium collegam (15). Impubes vero neque cum propinquorum consilio tutores suos suspectos postulare poterant (16).

Quando nullus accusator extitisset, ipsemet magistratus, si ex apertissimis argumentis liqueret tutorem suspectum fuisse, poterat eum removere (17).

IV — Accusari poterant omnes tutores indiscriminatim, sive testamentarii, sive legitimi, sive ex inquisitione (18). Nec oberat quod fides eorum fuisset adprobata: non enim inde consequebatur eam perdurasse, cum contingeret semel probatam fidem mutari et bonos mores perverti (19).

Haud parcebatur ipsi patrono pupilli liberti tutelam gerenti, modo in tuto collocaretur fama eius per actionem in factum adversus ip-

(6) par. 5 i. ib.; ll. 2; 3 C. v, 43.
(7) pr. i. ib.; l. 1, 2, xxvi, 10.
(8) Cf. par. 3 i. ib.; l. 1, 6 ib.; l. 1, xlvii, 23.
(9) Cf. Lenel, 123; Rudorff, 129, quoad edictum praetorium.
(10) par. 1 i. i, 26.
(11) par. 12 i. ib.; ll. 5; 6, xxvi, 10.
(12) par. 3 i. ib.; l. 1, 6 ib.
(13) par. 3 i. cit.; l. 1, 7 ib.; l. 6, xlvii, 23; l. 1, xlviii, 2; l. 12 C. ix, 1.
(14) par. 3 i. cit.; l. 1, 7 cit.
(15) l. 3, 2, xxvi, 7; ll. 3 pr.; 5, xxvi, 10; l. 1, 15, xxvii, 3; l. 1 C. v, 38; l. 8 C. v, 43; l. 2 C. v, 52.
(16) par 4 i. ib.; l. 7 pr., xxvi, 10. Cf. l. 6, xlvii, 23. Minor utique accusare poterat cum tali consilio suum curatorem (par. 4 i. ib.; l. 7 pr. cit.
(17) l. 3, 4, xxvi, 10.
(18) l. 1, 5, ib.
(19) ll. 8-20, xxvi, 3.

sum proponendam, omissa doli mentione (20). In hoc casu tamen, quemadmodum etiam in casu tutoris vinculo necessitudinis vel affinitatis pupillo coniuncti, praetor solebat potius curatorem adiungere (21).

V — Accusationis effectus erat, ut removeretur male gerens, quamvis solvendo esset (22) vel satisdedisset. Sic remotum sequebatur infamia, si dolus in sententia expressus fuisset (23); si sententia doli non fecisset mentionem, magis erat ut integra fama remoto permaneret (24). Interdum, maxime si de humilioribus personis ageretur, praeter remotionem irrogabatur quoque poena criminalis (25).

Accusatio vim suam exerebat pendente etiam iudicio, quatenus nimirum suspensio ab administratione admitteretur (26). Remoto tutore alter succedebat vel dabatur (27).

CAPUT IV.

DE VI TUTELAE.

§. 104. *Notiones.*

I — Tria erant, quae suscepturus tutelam adimplere tenebatur antequam bonorum susciperet administrationem. Inprimis debebat iureiurando promittere se fideliter et diligenter administraturum; secundo, satisdare in securitatem suae promissionis; tertio, inventarium conficere omnium rerum, quae in patrimonio pupilli reperiebantur.

II — *Iusiurandum.* — Tutor spondere, iureiurando interposito, debebat tactis sacrosanctis evangeliis se fideliter omnia in pupilli utilitatem gesturum (1). Insuper expressis verbis promittere defensionem pupilli in iudicio sine ulla dilatione (2). Quare si dein defensionem hanc recusasset vel distulisset, praeter remotionem et infamiam, ad damni refectionem cogebatur, quod pupillus passus fuisset (3).

(20) par. 2 i. I, 26; l. 1, 5, XXVI, 10.

(21) l. 9 ib. Cf. l. 5, XXXVII, 15.

(22) par. 5 i. I, 26.

(23) par. 6 i. ib.; ll. 3, 18; 4 pr., 1, 2, XXVI, 10. An remotus a tutela ob latam culpam incurrisset infamiam potest dubitari (Cf. par. 6 i. I, 26; l. 226, L, 16). Patrono vero infamia non irrogabatur (l. 9, XXVI, 10).

(24) ll. 3, 18; 4 pr., 1, 2, XXVI, 10; l. 9 C. V, 43.

(25) par. 10, 11 i. I, 26; ll. 1, 8; 3, 15, 16, XXVI, 10.

(26) par. 7 i. ib.; l. 7 C. V, 43. Cf. l. 14, 1, XLVI, 3.

(27) Gai. I, 182; Ulp. XI, 23; par. 7 i. cit. Quaestio tamen esse potest, num statim post remotionis decretum an potius post successionem aut novi tutoris dationem cessaret primus tutor (Cf. Gai. l. c.).

(1) Quae solemnitas imprimis in curatore furiosi desiderata fuit (l. 27 C. I, 4; l. 7, 5, 6 C. V, 70); dein extensa est ad omnes curatores et tutores. (Nov. 72, C. 8).

(2) l. 28, 4 C. V, 37.

(3) l. 28, pr. cit.

III — *Satisdatio.* — Praetor curabat satisdationem tutoris (4). A praestatione satisdationis excipiendus erat tutor testamentarius, quia fides eius et diligentia a testatore fuerat adprobata; item tutor datus ex in quistione, quia per hanc de idoneitate satis constabat (5).

Si quis huic obligationi obtemperare detractasset, a tutela removebatur; et quidem, si dolo fecisset, cum infamia; si vero sine dolo, sed necessitate impellente, absque infamia (6). Et tam necessaria satisdatio habita est, ut, ea non praestita, tutor neque in iudicio neque extra iudicium pupilli nomine gerere quid posset sub nullitatis poena; neque proinde opus erat beneficium restitutionis integrum impetrare pro actorum rescissione (7).

Satisdationem comitabatur hypotheca legalis favore pupilli super omnia bona tutoris in administrationis securitatem (8).

IV — *Inventarium.* — Tutor obligationem habebat inventarium conficiendi (9). Omnia bona cum oneribus in patrimonio pupilli reperta describi opus erat, adeo ut alia res vilior post inventarii confectionem rebus pupillaribus substitui non posset. Adamussim omnia notabantur cum illis circumstantiis necessariis ut alia ab alia distingueretur (10). Inventarium conficiendum erat quantocius fieri potuisset et solemniter (11); nisi testator onus remisisset (12). Ipse tutor aliquando abstinere se poterat, si confectio huius inventarii damnum potius pupillo attulisset (13).

Adversus tutores, qui inventarium non confecissent, poenae statuebantur:

a) actus a tutore positi extra necessitatis ingruentis casum nulli prorsus erant (14).

b) a tutela tutor removeri poterat (15).

c) perpetuae infamiae macula notabatur (16).

(4) Gai. I, 199; i. I, 24; D. XLVI, 6; l. 27 C. I, 4; l. 7, 6 C. V, 70. Quid nomine satisdationis veniret cf. l. 1, II, 8.

(5) Gai. I, 199, 200; pr. i. ib.; l. 17, pr. XXVI, 2; l. 13, 2, XXV, 5; l. 27 C. I, 4; l. 7, 5 C. V, 70. Quaestio erat inter ICC. num adinstar tutoris testamentarii patronus liberique eius a satisdatione liberaretur. Decisum fuit quod pro casuum varietate magistratus cognosceret (l. 5, 1, XXVI, 4).

(6) l. 2 C. V, 42.

(7) l. 4 C. II, 41; l. 3 C. V, 42.

(8) l. 27 C. I, 24; l. 20 C. V, 37; l. 7, 5, 6 C. V, 70; l. 1 C. Th. III, 19.

(9) l. 7, pr., XXVI, 7; l. 13, 1 C. V, 51; l 24 C. V, 37; l. 6 C. Th., ib.

(10) l. 24 C. V, 37.

(11) l. 24 C. cit

(12) l. 13, 1 C. V, 51. Communiter tamen admittitur a doctoribus quod aliqua rerum descriptio necessaria fuerit; id arguitur ex l. 5, 7, XXVI, 7.

(13) l. 7 pr., XXVI, 7.

(14) l. 7, pr. ib.; l. 4 C. II, 41; l. 3 C. V, 42.

(15) l. 2 C. V, 42; l. 13, 1 C. V, 51.

(16) l. 13, 1 C. V, 51.

d) in id quod intererat damnabatur, illudque ex iureiurando in litem aestimabatur (17).

§. 105. *Tutor relate ad personam pupilli.*

I — Triplex erat tutoris officium: curare ut pupillus penes aliquem idoneum educaretur — bona eius administrare — auctoritatem interponere.

Quoad primum officium, de quo in praesenti paragrapho loquimur, distinguebatur cura quam tutor praestare debebat corpori. Hinc educatio et alimenta.

II — *Educatio* — Tutor quamdam, id est in sensu praedicto, curam de persona pupilli gerebat (1); et licet educatio eius proprie sibi commissa non fuisset, tamen moribus excolendis procul dubio praeponebatur.

Educatio pupilli cuinam committenda magistratus cognoscebat (2), auditis affinibus et amicis; (3) nisi testator educatorem elegisset, quia in hoc casu magistratus, gravi causa excepta, sequi voluntatem patris debebat (4). Magistratus inter propinquos praesertim designabat educatorem, qui obligationem suscipere tenebantur; (5) ex illis mater praelationem merebatur (6). Si tamen inter matrem aliosque propinquos tutoresve contentio ea de re orta esset, magistratus aestimabat apud quem potius pupillus educaretur (7).

III — *Alimenta* — Nomine alimentorum veniebant quae necessaria erant ad conservationem vitae (8). Tutor invigilare debebat quod a magistratu alimenta statuerentur pro conditione et dignitate personae et pro modo facultatum (9). Quod si dein patrimonium deminutionem passum fuisset, tutor alimentorum quoque deminutionem exposcere tenebatur; si id non fecisset, damno suo erat, (10) quin ei primum decretum praetoris suffragaretur (11).

(17) l. 7, pr., xxvi, 7.

(1) l. 12, 3, xxvi, 7,

(2) ll. 1, pr., 1; 5, xxvii, 2; l. 2 C. v, 49.

(3) Cf. l. 6, xxvii, 2.

(4) l. 1, 1, ib. Sic designatus in testamento, si propinquus, ad onus acceptandum tenebatur; si extraneus, poterat se liberare, et amittebat tunc quod in testamento sibi relictum fuisset (l. 1, 2, 3, xxvii, 2. Cf. l. 1 C. v, 49).

(5) l. 1 C. v, 49.

(6) Nov. 22, C. 38.

(7) l. 1 C. v, 49. Quod pariter de avia rescriptum fuit (l. 2 C. v, 49).

(8) l. 12, 3, xxvi, 7; l. 3, 2, seq. xxvii, 2.

(9) ll. 2; 3, xxvii, 2; ll. 1; 2 C. v, 50.

(10) l. 3, 2, xxvii, 2. Cf. ll. 12, 3; 13, pr., xxvi, 7; l. 2, pr., xxvii, 2; l. 1, 19, xxxvii, 9.

(11) Nam etsi pater ipse alimenta statuisset, idem erat dicendum (l. 2, 3, xxvii, 2).

Aliquando tamen tutor non audito praetore poterat suo arbitrio alimenta statuere, dummodo servasset modum uti bonus paterfamilias (12).

§. 106. *Tutor relate ad administrationem.*

I — Maxima olim fuit tutoris potestas quoad res pupillares, adeo ut loco domini haberetur (1), At progressu temporis limites appositi sunt et ad simplicem administrationem tutoria potestas redacta est.

II — *Limitationes* — Duplex limitatio apposita fuerat veteri amplae tutoris potestati : prima circa bonorum pupillarium alienationem ; altera circa receptionem creditorum.

1⁰ Divi Severi oratione et SC. subsecuto prohibitum fuit tutori quominus praedia rustica et suburbana alienare posset (2). Prohibitio haec fuit a Constantino producta ad res omnes corporales, et proinde ad praedia quoque urbana et ad res mobiles (3). Exinde tutori in iure novo nihil prorsus alienare licebat (4).

Alienationis nomine omnis actus imprimis veniebat quo translatio dominii quomodocumque fieret (5). Dein iurisprudentiae tamquam alienatio habita est ipsa deminutio dominii per impositionem alicuius iuris e. g. pignoris, ususfructus, servitutis; (6) imo amissio quoque adquisitionis, quae fieri debuisset, tamquam alienatio fuit considerata (7).

Actus contra prohibitionem nullus erat, nec decretum magistratus prodesse poterat, si in eius concessione deceptus fuisset; res igitur veluti in patrimonio perseverans censebatur, et nomine pupilli vindicari poterat ab eodem tutore, qui tamen de evictione erga contrahentem tenebatur (8). Huic principio nihilominus nonnullae factae sunt exceptiones:

a) si is, a quo res ad pupillum pervenisset, alienationem permisisset (9). Hoc in casu non officiebat quod testamentum dein irri-

(12) l. 2 C. v, 51.
(1) l. 27, xxvi, 7; l. 56, 4, xlvii, 2.
(2) l. 1 pr., 1, 2, xxvii, 9.
(3) l. 22 C. v, 37. Cf. l. 28, 5 C. ib.; l. 4 C. v, 72.
(4) ll. 3, 4-6; 4; 5 pr., 1-3, 8; 7 pr.; 8, 2, xxvii, 9; ll. 4; 7; 15; 17 C. v, 71.
(5) l. 12 C. v, 71.
(6) ll. 1, 4; 2; 3, 5; 5 pr., 1, 10, xxvii, 9; ll. 4; 13; 15 C. v, 71. Cf. tamen l. 7, 5, 6, xxvii, 9.
(7) l. 5, 8, xxvii, 9.
(8) ll. 5, 14, 15; 7, 3 ib.; ll. 4; 8; 11; 15; 16 C. v, 71; ll. 1-3 C. v, 73. Usucapio igitur non currebat (ll. 15; 16 C. v, 71; l. 2 C. v, 73).
(9) ll. 1, 2; 5, 4; 14, xxvii, 9; ll. 1; 3 C. v, 71.

tum apparuisset; non quaerebatur enim de testamenti forma, sed de defuncti voluntate (10).

b) si ageretur de rebus nullius fere praetii vel nullius usus, vel quae servari non possent; aut si ageretur de fructibus sive ex redditibus praediorum collectis, sive ex substantia pupilli (11).

c) si res pupilli iam obligata alteri fuisset (12).

d) si alienatio iam facta, dein a pupillo maiorem aetatem consecuto fuisset confirmata (13).

e) denique alienatio fieri poterat ex decreto magistratus, (14) qui speciali ad hoc iurisdictione donatus esset (15); qui cognoscere et decretum dein edere super causam alienationis debebat, scilicet super magnam et urgentem necessitatem (16).

2⁰ Iustinianus vetuit, quominus absque sententia iudiciali liceret tutori solutiones a debitoribus pupilli recipere; quod si ageretur de pensionibus, redditibus aliisque similibus causis, concessum fuit eas recipere usque ad 100 solidos et biennales metas (17). Solutione contra prohibitionem facta pupillus nihilominus conservabat ius suum, eo excepto quo locupletior evasisset (18).

III — *Administratio* — In genere tutor satagere debebat, tum ut pupilli patrimonium servaretur, tum ut augeretur.

1⁰ Omnia iura pupilli erant integra servanda (19). Quare tutori non erat concessum largitates peragere, (20) nisi quae in usu fuissent, (21) vel ad praestationem subventionis alimentariae favore fratrum aut sororum pupilli (22), aut dotis favore sororis (23).

In tutoris administratione erat ut res nullius usus sive deterio-

(10) l. 14, XXVII, 9.

(11) ll. 22, 6; 28, 5 C. V, 37; l. 4 C. V, 72.

(12) Tunc non adito praetore solvere tutor poterat. At non aeque de solutione in genere aeris alieni, quod patrimonium pupilli gravaret: nam hic debebat magistratus decernere quid debuisset alienationem pati ut patrimonii liberationi succurreretur (ll. 1, 2; 5, 7; 7, 1, XXVII, 9; l. 28, 3 C. V, 37; l. 17 C. V, 71).

(13) Ratihabitio antea posita nullum habebat valorem, nisi ex magistratus confirmatione (ll. 1; 2 C. II, 46; ll. 1; 2 C. V, 74) Tacite ratum habuisse censebatur pupillus, qui intra quinquennium a maiori aetate non egisset, si de titulo oneroso ageretur; vel intra decennium quoad praesentes et vicennium quoad absentes, si de alienatione titulo gratuito facta (l. 3 C. V, 74. Cf. ll. 1; 4 C. V, 73).

(14) l. 1, 2, XXVII, 9; l. 22 C. V, 37. Cf. ll. 3, 1; 11, XXVII, 9; l. 6 C. V, 71.

(15) Cf. l. 7, 2, I, 16; ll. 1, 2; 9, XXVII, 9.

(16) ll. 1, 2; 5, 9, 11, 14; 13, ib.; ll. 12; 18 C. V, 71; l. 2 C. Th. III, 21.

(17) par. 2 i. II, 8; ll. 25; 27 C. V, 37.

(18) par. 2 i. cit.

(19) ll. 7, 1; 12, 3; 32; 50, XXVI, 7; ll. 22, 3; 24 C. V, 37; l. 6 C. Th. III, 19.

(20) ll. 22; 46, 7, XXVI, 7; l. 16 C. V, 37.

(21) ll. 12, 3; 13, 2, XXVI, 7.

(22) l. 13, 2 ib.; l. 4, XXVII, 2; l. 1, 2, XXVII, 3.

(23) Cf. l. 12, 3, XXVI, 7. Hoc in casu necessarium tantummodo erat praestandum.

rationi obnoxias permutaret (24), nec non solveret suo tempore debita pupilli, (25) et illas conditiones adimpleret ex quibus lucrum pupillo obventurum fuisset vel damnum ex earum non adimplemento (26). Item exigere debebat omne creditum pupilli, (27) quamvis debitor fuisset ipse tutor (28). Ad hoc ergo in iudicio pro pupillo stare, sive actiones instituendo, sive defensionem suscipiendo, tenebatur (29).

2⁰ Ut augmento patrimonii incumberet, imprimis tutoris officium erat omne quod in substantia inveniebatur pupilli in tutissima custodia reponere (30).

Pupillaris pecunia deinde, prius in praediorum comparatione, et secundo loco, si idonea non invenirentur praedia, in foeneratione impendenda erat (31). In qua comparatione non tenebatur nisi de culpa lata; circa vero foenerationem poterat ipse mutuo recipere, modo sub usuris (32).

Si negligens fuisset tutor per sex menses a suscepta administratione, vel per duos menses, si id accidisset cum iam gereret tutelam, in usuras ipse haeredesque eius obligabantur (33); imo interdum tutor coercebatur extra ordinem (34). Nisi frustra quaesiisset pecuniam impendere (35). Quod si pecunia foenori data sine culpa tutoris periisset, nulla obligatione detinebatur (36); praeterquam quod dedisset foenori ipsam pecuniam suo nomine, non vero nomine pupilli (37).

Necessitatem impendendi pecuniam remisit dein Iustinianus, nisi de patrimonio pupillari ageretur, quod universum in nummis consisteret, vel aliunde redditus haud suppeditarent ad honestam sustentationem (38).

IV — Tutor in administratione bonorum pupilli eam in genere diligentiam afferre debebat, qualem in rebus suis adhibere solitus erat (39). Non erat ei ullum ius ad mercedem: excipe si testator id

(24) ll. 5, 9; 47, 6, ib.; l. 28, 5 C. v, 37; l. 4 C. v, 72.

(25) l. 23 C. v, 37; l. 5 C. Th. III, 19.

(26) Frag. Vat. 249; l. 21 C. v, 37; l. 25 C. VIII, 54; l. 1 C. Th. VIII, 12.

(27) l. 46, XXVI, 7; l. 13 C. v, 37. Post Iustinianum vero exigebatur, uti diximus, sententia iudicialis.

(28) l. 9, 3, 5, XXVI, 7.

(29) l. 1, 2 ib.; ll. 11; 28 C. v, 37.

(30) l. 24 C. ib.

(31) ll. 3, 2; 5; 7, 3, XXVI, 7; l. 24 C. cit. Nisi exigua esset pecunia (l. 5, XXVI, 7).

(32) De quarum tamen latitudine in hoc casu apud veteres disputabatur (ll. 7, 4; 54, XXVI, 7; l. 1 C. v, 56).

(33) ll. 7, 3 seq.; 12, 4; 15; 58, 3, 4 XXVI, 7; l. 3 C. ib. Cf. Nov. 72, C. 6.

(34) l. 49, XXVI, 7.

(35) l. 12, 4 ib.

(36) l. 50 ib.

(37) l. 37, 1, III, 5; l. 35, XII, 1; ll. 7, 6; 46, 2, XXVI, 7.

(38) Nov. 72, C. 6 seq.

(39) Scilicet tenebatur de culpa levi in concreto (l. 1 pr., XXVII, 3. Cf. ll. 7, 2; 10; 33 pr., XXVI, 7; l. 23, L, 17; ll. 2; 7 C. v, 51; l. 2 C. v, 55).

disposuisset, vel etiam in casu extraordinario ipse magistratus (40). Tamen si quid de proprio expendisset, indubitanter recuperabat, etiam cum usuris (41).

§. 107. *Tutor relate ad interpositionem auctoritatis et gestionem.*

I — Tutor duplici modo in negotiis pupilli interveniebat; vel in concursu cum ipso, et tunc dicebatur *interponere auctoritatem;* vel ex sese, sine ipsius concursu, et tunc dicebatur proprie *gerere tutelam* (1). Generatim loquendo unum ex his modis tutor eligere poterat (2). Attamen interdum non poterat nisi unico solummodo agere. Nam si ageretur de actu mere personali pupilli, tutori sulummodo auctoritatem interponere concessum erat (3). E contra si ageretur de pupillo e. g. absente, tutor necessario ipse solus agere debebat (4).

II — *Interpositio auctoritatis* — Negotia, quae a pupillis gerebantur, qui quidem infantiam excessissent, vel talia erant ut exinde melior eorumdem conditio fieret, vel talia ut damni periculum inde metueretur. Si primum, negotia per se firma erant ob principium quod meliorem suam conditionem facere aliosque sibi obligare posset pupillus; sin vero alterum, in iis, ut pleno et perfecto iure fierent, necessaria erat tutorum auctoritas (5).

Pupillus ergo solus facultate carebat plures actus ponendi. Ut enim praetereamus quasdam incapacitates, quae ita perfectae erant ut ne auctore quidem tutore tollerentur (6), pupillus non poterat alienare, neque acceptilare, neque promittere (7); item neque mutuare, neque solvere, neque solutiones recipere (8); item neque adire haereditatem propter obligationes adnexas, neque eam repudiare (9); item neque in iudicio consistere, neque procuratorem in iudicio con-

(40) l. 23, 3, XXVI, 7; l. 1, 6, 7, XXVII, 3.
(41) l. 3, 1 seq., XXVII, 4.
(1) Ulp. XI, 25.
(2) l. 1, 2-4, XXVI, 7.
(3) Tractu temporis utilitate suadente permissum fuit ut in hoc quoque casu tutor, si pupillus non posset negotium agere, animum eius et iudicium suppleret (Cf. l. 18, 2, 4 C. VI, 30).
(4) ll. 1, 2, 3; 2. XXVI, 7.
(5) Gai. II, 83; pr. i. I, 21; par. 9 l. III, 19; l. 28 pr. II, 14; ll. 5, 1; 9, XXVI, 8. Cf. l. 10, XXII, 6; l. 189, L, 17. Interdum sine tutore pupillus obligationes in se suscipiebat, quando nempe obligatio non ex conventione oriebatur (l. 21, 1, III, 5; l. 5, 2, IX, 2; l. 46, XLIV, 7; l. 23, XLVII, 2; l. 111 pr., L, 17). Item evidens est quod si pupillus ex conventione locupletior evasisset, ob id teneretur (ll. 1 pr.; 5 pr., 1, XXVI, 8).
(6) E. g. testari, matrimonium contrahere (Cf. Ulp. V, 2; pr. i. I, 10).
(7) Gai. II, 80, 82-84; III, 107; Ulp. XI, 27; pr. i. I, 21; par. 2 i. II, 8; par. 9 i. III, 19; l. 9 pr., XXVI, 8.
(8) Gai. II, 84; par. 2 i. II, 8; l. 29, XII, 6; l. 9, 2, XXVI, 8; ll. 14, 8; 15; 47 pr., XLVI, 3; ll. 25; 27 C. V, 37.
(9) par. 1 i. I, 21; ll. 9, 3, 4; 11, XXVI, 8; l. 8 pr., XXIX, 2; l. 37, 2, XXXVI, 1; l. 5 C. VI, 31.

stituere (10). Si quem actum posuisset pupillus absque tutore vel absque validá ipsius interpositione auctoritatis, nullius erat momenti (11). Unde repetitio dabatur eius quod esset solutum (12).

Iamvero auctoritatem interponere non erat, nisi adprobare quod a pupillo gerebatur, seu imperfectum iudicium eiusdem complere (13). Ad valorem huiusmodi interpositionis quaedam requirebautur extrinsece, et quaedam intrinsece.

1° Extrinsece requirebatur forma. Nam interpositionis natura exigebat ut unus efformaretur contextus cum pupilli consensu, et ideo in ipso negotio vel statim post peractum a pupillo negotium fieri debebat (14). Unitas contextus secumferebat etiam necessitatem interpositionis pure et simpliciter praestandae (15). Ceterum interpositio fiebat tam oraliter et in praesentia, quam in scriptis (16), tam expresse quam tacite (17).

2° Intrinsece requirebatur quod persona iuridica tutoris esset prorsus distincta a persona contrahentis cum pupillo. Quapropter tutor non poterat auctoritatem interponere in negotio, in quo contrahens cum pupillo ipse fuisset: in hoc casu tutor contrahere cum seipso videretur (18). Hinc principium ortum est, quod tutor in rem suam auctor fieri non posset (19).

Huiusmodi principium tamen non obstabat, quominus tutor probaret id, ex quo aliqua ipsius utilitas consequeretur praeter pupilli utilitatem, veluti si auctor fuisset pupillo adeunti haereditatem proprii debitoris (20). Si vero, uti diximus, potissimum versaretur causa tutoris, olim alius tutor dabatur; progressu temporis coepit curator adiungi (21).

III — *Gestio tutelae* — Quandocumque tutor solus negotia pupilli gessisset, tunc, cum in iure romano nemo pro extraneo neque promit-

(10) l. 11 C. II, 13; ll. 1; 2 C. III, 6; l. un. C. V, 61.

(11) Saltem iuridice (l. 4, XXVI, 8). An neque naturaliter, multa sunt in disputatione.

(12) l. 4, XII, 6.

(13) Quare quidam verbum *auctoritas* ex *augere* repetunt (l. 17, XXVI, 8).

(14) par. 2 i. I, 21; l. 9, 5, XXVI, 8; l. 25, 4, XXIX, 2.

(15) l. 8, XXVI, 8.

(16) Cf. Gai. I, 180; Ulp. XI, 21; l. 1, 2, 3, XXVI, 1. Dummodo nuncium vel epistola simul cum negotio a pupillo contrahendo convenissent (Frag. Dosith. 15; l. 9, 6, XXVI, 8). Alii tamen absolute invalidam traducunt interpositionem per epistolam.

(17) Tacita interpositio pariter ab aliis uti invalida habetur.

(18) Gai. I, 184; Ulp. XI, 24; par. 3 i. I, 21.

(19) l. 1 pr., XXVI, 8.

(20) ll. 1 pr.; 7 pr. ib. Cf. l. 69, 5, XXIII, 3.

(21) Ulp. XXI, 24; par. 3 i. I, 21. Qui tamen curator distinguebatur ab eo, quem praetor in absentia vel adversa valetudine tutoris dedisset, quique potius *actor* appellabatur (par. 6 i. I, 23; l. 24, XXVI, 7).

tere neque stipulari posset, actiones in suam personam et adquirebat et patiebatur (22). Has adquisitas actiones, eo dempto quod sibi obvenisset, tutor dein cedere pupillo debebat, qui ipsum ab obligationibus susceptis liberabat, et, quando opus fuisset, indemnem reddebat. Progressu temporis concessae fuerunt directe pupillo et adversus pupillum utiles actiones (23).

CAPUT V.

DE FINE TUTELAE.

§. 108. *Causa.*

I — Causarum, quibus tutela cessabat, duplex genus: primum continet causas quae absolute tutelam perimebant, quaeque proinde respiciebant pupillum; alterum causas, quae tutelam perimebant solummodo respectu tutoris.

II — *Causae ex parte pupilli* — Tribus modis solvebatur tutela ex parte pupilli:

a) morte pupilli (1). Tutor non tenebatur negotia gerere eorum qui haereditario iure pupilli bona consecuti essent.

Non statim tamen, defuncto pupillo, ab omni onere immunis tutor censebatur; aequitas enim non patiebatur quod illico desereret administrationem, quin omnia adimplesset ad traditionem patrimonii pupillaris haeredibus peragendam.

Mors pupilli non solummodo naturalis, sed etiam civilis tutelam solvebat, scilicet maxima vel media capitis deminutio (2).

b) pubertate (3). Pubertas iure iustinianeo in anno quartodecimo constituebatur; apud veteres disputatio erat num ex aetate vel potius ex corporis habitu dimetienda esset (4).

c) minima capitis deminutione seu adrogatione. Cum pupillus per hanc potestati adrogantis subiiceretur, aequum erat ut tutoria cessaret (5).

III — *Causae ex parte tutoris* — Tribus pariter modis tutela solvebatur ex parte tutoris:

(22) l. 5, 7, 8, XIII, 5; l. 9 pr., XXVI, 7; l. 13, 10, XLVI, 4.
(23) ll. 2 pr.; 9 pr., XXVI, 7; ll. 6; 7, XXVI, 9; C. V, 39.
(1) l. 4 pr., XXVII, 3.
(2) par. 1, 3 i. I, 22; l. 14 pr., 1, 2, XXVI, 1; l. 4 pr., XXVII, 3.
(3) pr. i. ib.
(4) pr. i. cit.; l. 3 C. V, 60.
(5) par. 1; 4 i. ib.; l. 14, XXVI, 1; l. 5 C. V, 59.

a) morte tutoris. Revera tutela personale erat officium quod tutoris personam non egrediebatur. Negotia tamen a defuncto inchoata debebant ab ipsius haeredibus perfici donec alius pupillo tutor constitutus esset (6). Morti naturali hic quoque aequiparabatur mors civilis per maximam et mediam capitis deminutionem (7).

Ad minimam capitis deminutionem quod spectat, olim legitima tutela cessabat (8); in iure iustinianeo haud amplius (9).

b) existente conditione vel adveniente die. Si enim conditio extitisset aut dies advenisset sub qua et ad quem tutor testamento designatus fuisset, cessabat tutela (10).

c) incapacitate (11), vel iusta causa excusationis interveniente (12), vel etiam remotione ob suspecti crimen.

§. 109. *Effectus.*

I — Administratio tutelae quasi contractum, mandato similem, efficiebat inter tutorem et pupillum (1); exinde obligationes quasi inter mandantem et mandatarium.

Finita tutela, tutor tenebatur de administratione, eaque omnia restituere debebat quae in inventario fuissent descripta, una cum accessionibus (2), adeo ut, si in mora, usuras quoque et fructus reddere necesse esset (3). Ad huiusmodi munus explendum tutor cavebat ut pupillo curator constitueretur (4): nisi constitutionem curatoris provocasset, quidquid dein egisset tamquam cum tutela connexum in iudicio veniebat (5). A reddenda ratione administrationis nec patri ipsi in testamento tutorem liberare licebat; nam voluntas defuncti, si in hoc sensu declarata esset, non afferebat tutori nisi liberationem a praestatione culpae, non vero a praestatione doli (6).

Ex parte altera pupillus expensas reficiebat (7), simul cum legitimis usuris (8); item damna quae tutor passus esset (9), necnon reddebat tutorem ab obligationibus susceptis prorsus liberum (10).

(6) l. 1, xxvii, 7; l. 27, xlix, 1.

(7) par. 3, 4 i. ib. Cf. l. 16, 1, xxvi, 1.

(8) Ulp. xi, 9. Cf. x, 17; par. 4 i. ib.; l. 5, 5, xxvi, 4.

(9) par. 4 i. cit.

(10) par. 2, 5 i. ib.; l. 14, 3, 5, xxvi, 1; l. 9, 2, 3, xxvii, 3.

(11) Nov. 22, C. 40; Nov. 94, C. 2 i. f.

(12) par. 6 i. ib.; par. 2 i. i, 25. Si in insaniam tutor incidisset dabatur ei curator (ll. 10, 8; 12, xxvii, 1).

(1) par. 2, i. iii, 27.

(2) l. 5, 6, xxvi, 7; l. 13 C. v, 51.

(3) l. 1, 3, xxii, 1. Cf. l. 28, 1, xxvi, 7; l. 4 C. v, 56.

(4) ll. 5, 5; 33, 1, xxvi, 7. Cf. l. 9, 4, xxvii, 3.

(5) Cf. l. 13, xxvii, 3; l. un. C. v, 48; l. 11 C. v, 51.

(6) l. 5, 7, xxvi, 7.

(7) l. 33, 3 ib; l. 3 pr., 1, 8, xxvii, 4; l. 3 C. v, 58.

(8) l. 3, 1, seq. xxvii, 4.

(9) Cf. l. 26, 6, 7, xvii, 1; l. 61, 5, xlviii, 2.

(10) par. 2, i. iii, 27; l. 6, xxvii, 4.

Ad praedicta omnia obtinenda nonnulla in promptu erant remedia, tum ex parte pupilli, tum ex parte tutoris.

II — *Ex parte pupilli* — Remedia concessa pupillo erant actio directa tutelae et actio de rationibus distrahendis adversus tutorem; actio adversus haeredes, fideiussores et nominatores tutoris; et actio adversus magistratus.

Ut autem remedia huiusmodi efficaciam certam haberent, olim pupillus fruebatur privilegio exigendi in concursu aliorum creditorum chirographorum tutoris, quod privilegium inhaerebat personae (11). Deinde successit legalis hypotheca super eiusdem tutoris bona (12).

1⁰ *Actio directa tutelae* — Competebat pupillo contra tutorem, qui in sua desiisset tutela, scilicet tutela cessante ex parte tutoris (13), quamvis pupillus esset adhuc sub tutela alterius (14). Ex quo apparet quod distinguebatur ab aliis actionibus quae proponi poterant adversus tutorem ante tutelae cessationem (15).

Actio tutelae erat bonae fidei, et in ea cuncta veniebant, quae in aliis eiusdem generis iudiciis (16), licet in quibusdam aliquid peculiare prae se ferret (17).

De subiecto et obiecto huiusce actionis haec observabantur:

a) subiectum. Dabatur pupillo eiusque haeredibus contra tutorem et haeredes ipsius (18). Si plures tutores tutelam gessissent, tunc distinguebatur inter gestionem divisam et gestionem pro indiviso.

b) obiectum. Regula erat: in omnibus quae fecerat tutor cum facere non deberet, item in his, quae non fecerat, rationem reddebat,

(11) ll. 42; 44, 1, XXVI, 7; l. 25, XXVII, 3; ll. 19, 1; 20-23, XLII, 5. Cf. l. 42, XXVI, 7.

(12) l. 10, XX, 2; l. 20 C. V, 37; l. 1, C. Th. III, 19. Haec legalis hypothecae concessio, facta a Costantino, ab aliis attribuitur Severo et Caracallae (l. un. C. IV, 53. Cf. l. 17 C. V, 37), Certum est Severum et Caracallam concessisse hypothecam specialem in bonis ex pecunia pupillari comparatis (l. 5 pr., XX, 4; l. 3 pr., XXVII, 9; l. 6 C. VII, 8).

(13) l. 4 pr., XXVII, 3.

(14) Quare adversus tutorem agere poterat pupillus, si ille cessasset a tutela per existentiam conditionis appositae in testamento (l. 9, 4, XXVII, 3) aut per adventum diei ad quem datus in testamento fuisset (l. 9, 1 ib.). Imo, etiamsi post primam finitam tutelam impubes in eiusdem personae novam tutelam incidisset, ex praecedenti administratione agere poterat (l. 9, 4, cit.).

(15) E. g., actio furti, ex lege Aquilia, iniuriae, condictio furtiva (l. 9, 7, XXVII, 3). Attamen, quamvis competerent, non exercebantur durante tutela (l. 10 ib.). Tutor ipse sibi consulere debebat et solvere ad eum modum quo exigere potuisset ab extraneo. Haec est ratio cur si actiones interiissent mortuo tutore (excepta conditione furtiva, quae non perimebatur per mortem, sed contra haeredes quoque dabatur: ll. 2; 9, XIII, 1), pupillo facultas erat agendi actione tutelae adversus haeredes tutoris, illa nempe actione qua eorum auctor tenebatur ob non solutionem sibi factam. Cf. l. 69, XLVI, 1.

(16) Cf. par. 2 i. III, 27; par. 28 i. IV, 6.

(17) Praesertim quoad usuras, quas tutores modo graviores, modo leviores praestare cogebantur (l. 7, 3 seq. XXVI, 7).

(18) l. 1, 16, 17, XXVII, 3.

praestando dolum et culpam et quantam in suis rebus diligentiam (19). Id per arbitrium iudicis statuebatur: quare haec actio *arbitrium* (20) appellabatur. Speciatim ergo tutor tenebatur *tum* ad omnia quae fecerat tempore tutelae; item ad id quod fecit etiam finita tutela, sed cum administratione connexum (21) — *tum* ad omnia quae fecerat, cum facere non deberet (22) — *tum* ad omnia quae omiserat, quaeque diligentis accuratique patrisfamilias officio continebantur, praestando culpam levem in concreto (23).

2⁰ *Actio de actionibus distrahendis* — Competebat pupillo contra tutorem qui res pupillares intervertisset, abstulisset, intercepisset sive furandi animo id fecerit sive non, ut sibi praestaretur duplum (24).

De subiecto et obiecto huiussce actionis haec observabantur:

a) subiectum. Haec actio, quae ex XII tabulis descendebat et dabatur finita tutela, (25) perpetua erat quoad pupillum, et ad haeredes eius transibat (26). Quatenus tamen naturam poenalem indueret, non dabatur contra haeredes tutoris (27). Neque requirebatur quod prorsus animum furandi habuisset; ceterum si habuisset, praeter huiusmodi actionem, in tutorem praesto erant etiam actio furti et condictio furtiva (28).

b) obiectum. Pupillus consequebatur duplum (29). Non tamen idem erat ac in furto; nimirum non erat duplum eius quod interesset (prouti in furto), sed praetii rei (30); item si plures fuissent tutores, qui hoc nomine tenerentur, et unus iam duplum praestitisset, coeteri liberabantur (quod in furto non obtinebat) (31).

3⁰ *Actio contra haeredes, fideiussores, nominatores, magistratus* — Praeter actiones quae principaliter contra personam tutoris proponi poterant, erant actiones etiam contra alios:

a) contra haeredes tutoris. Tenebantur et ipsi actione tutelae; at conveniri non poterant eius damni nomine, quod dolo aut lata tu-

(19) l. 1 pr., xxvii, 3.

(20) Iudex magnam in iudicio suo latitudinem habebat (Gai. iv, 62; par. 28, i. iv, 6; Cic. *de offic.* iii, 15, 17. Cf. *pro Roscio Com.*, 6).

(21) l. 13, xxvii, 3. Cf. l. 17, iii, 5; l. 5, 5, xxvi, 7. Quod autem post finitam tutelam gestum erat. actione petebatur negotiorum gestorum, in quam actionem devolvebatur iudicium tutelae (ll. 13; 14, xxvii, 3).

(22) l. 1, 1, xxvii, 3.

(23) l. 7 C. v, 51.

(24) Uno verbo, dabatur contra tutorem, qui male administrasset (Consul. Cic. *de offic.* iii, 15; *de orat.* i, 36); et erat famosa (l. 1, iii, 2; Tab. Heracl. 111 penes Bruns p. 110. Consule Cic. *de offic.*, iii, 17; *pro Roscio Amer.*, 4).

(25) l. 55, 1, xxvi, 7; l. 1, 21, 23, 24, xxvii, 3.

(26) l. 1, 23, xxvii, 3.

(27) l. 1, 23 cit.

(28) ll. 1, 22; 2, 1; 9, 7, ib. Pupillus eligere poterat inter actionem hanc et actionem tutelae (l. 1, 21, ib.).

(29) l. 1, 19, 20 ib.

(30) l. 1, 20 cit.

(31) l. 55, 1, xxvi, 7.

toris culpa datum fuisset, nisi quatenus ad eos pervenisset aliquid, vel quatenus ipsi in culpa lata versati fuissent in necessaria tutelae prosecutione (32), vel quatenus iam lis fuisset cum defuncto contestata (33).

b) contra fideiussores. Scilicet tenebantur erga pupillum omnes, qui promisissent rem pupilli salvam fore (34). Hac in re, quamvis pleraque eorum, quae in coeteris fideiussoribus observabantur, locum haberent, nonnulla tamen peculiaria existebant. Quod enim pertinet ad beneficium divisionis videndum erat, utrum eo uti valuissent ex propria an ex tutoris persona cui beneficium istud competere potuisset; in altero, non vero in primo casu, illo gaudere poterant (35).

c) contra nominatores. Tenebantur quoque nominatores et adfirmatores, ii scilicet qui tutorum nomina detulissent, et fideiussores adfirmassent idoneos (36); usque adeo ut non modo sortem, verum etiam usuras propter moram tutoris praestare deberent (37).

d) contra magistratus. Actio erat contra magistratus, qui cautionem idoneam exigere debuissent in securitatem tutelae, et aut omnino non exegissent, aut non idoneam (38). Pariter magistratus conveniri poterant si mandatum a praeside accepissent, ut de tutoribus, quorum nomina ab aliis fuissent proposita, eum instruerent, neque ex fide instruxissent (39); aut, moniti, tutorem non dedissent (40): aut electi ad satisdationes tutorum aestimandas, non satis idoneas probassent (41). Quod si plures essent magistratus, actio dabatur contra eum, cuius dolo malo factum fuisset quominus idonee caveretur: extra casum doli ab uno admissi, in quemque eorum actio concedebatur, dum tamen res pupilli salva foret (42).

(32) l. 39, 6, XXVI, 7; l. 1, 16, XXVII. 3; ll. 1; 4, pr., 1, 2; 8, 1, XXVII, 7; l. 4, XXVII, 8; C. V, 54.

(33) l. 8, 1, XXVII, 7.

(34) ll. 3-7 ib. Non erat necessaria expressa fideiussio, sed sufficiens ut quis tacite etiam se obligasset, e. g. si quis a tutore tamquam fideiussor designatus fuisset, nec ipse, quamvis praesens, contradixisset (l. 4, 3 ib.); item si paterfamilias filio consensisset, ut tutelam susciperet (l. 5, XXVII, 1).

(35) l. 6, XXVII, 7; l. 12, XLVI, 6. Cf. tamen l. 7, XXVII, 7.

(36) ll. 2; 4, 3, XXVII, 7.

(37) Cf. ll. 3; 5 ib.

(38) par. 2; 4 i. I, 24. Erat actio utilis tutelae (l. 9, XXVII, 8).

(39) l. 1, 3, XXVII, 8. Non erat ergo quaestio de superioribus, sed de inferioribus et municipalibus magistratibus (par. 4 i. I, 24; l. 1 pr., 1, XXVII, 8. Cf. ll. 1, 2, 3, 5, 6; 4; 6; 7 ib.; l. 2 C. V, 75).

(40) l. 1, 6, XXVII, 8.

(41) l. 1, 8 ib. Quidquid consequi pupillus a tutore eiusque fideiussore non poterat, a magistratu petebat simul cum usuris (l. 9 ib.); huiusque haeredes tenebantur iuxta modum quem in haeredibus tutoris diximus (par. 2 i. I, 24; ll. 4; 6 ib.; l. 2 C. V, 75).

(42) l. 7, XXVII, 8. Pupillus nullo privilegio gaudebat in concursu aliorum eiusdem magistratus creditorum (l. 1, 14 ib.)

III — *Ex parte tutoris* — Vi quasi contractus tutor habebat et ipse actionem tutelae contrariam et utilem actionem (43). In actione veniebat quidquid tutor impendisset causa administrationis in pupilli utilitatem (44); neque ratio erat temporis, quo impendisset, dummodo propter negotia cum administratione connexa id fecerit (45). Omne ergo recuperabat tutor quod de suo erogasset; simul cum usuris, quia agebatur de actione bonae fidei. (46) Insuper quidquid tutor passus esset (47).

Haec actio solummodo finita tutela institui poterat (48).

CAPUT VI.

DE PLURIBUS TUTORIBUS, PRO TUTORE, FALSO TUTORE.

§. 110. *Plures tutores.*

I — Saepe memoravimus casum, in quo plures essent tutores; nunc vero specialiter dicendum est.

Si plures essent tutores regula vigebat quod omnes in universum administrare poterant, nisi vel uni tantum tota commissa esset administratio, vel singulo pars administrationis. In primo casu administratio erat indivisa; in altero habebatur unicus tutor verus et coeteri tutores honorarii; in tertio casu administratio erat divisa.

II — *Omnes tutores pro indiviso* — Si plures insimul tutelam administrassent, quod unusquisque sine dolo gesserit validum erat (1), coeterique omnes de administratione aeque tenebantur (2). Administratio enim communis per se causa erat cur unusquisque obligaretur in solidum.

Hoc tamen in casu, si quis inter eos conventus fuisset, in promptu habebat illa remedia quae in iure concedebantur pluribus fideiussoribus. Quare imprimis opponere poterat beneficium ordinis, ut prius ille excuteretur, qui culpam in administratione admisisset;

(43) ll. 1, 3; 3, 3, XXVII, 4. Actio tutelae contraria raro in iudicio proponebatur, quia fere semper pupillus ipse agere contra tutorem solebat, et tutor exceptione tunc utebatur (ll. 1, 4, 8; 2 ib).

(44) Iam animadvertimus quod merces nulla danda erat tutori, nisi in quibusdam casibus extraordinariis, e g. si quaedam conventio eius nominationem praecessisset (l. 33, 3, XXVI, 7).

(45) Secus magis negotiorum actio oriebatur (l. 3, 8, XXVII, 4; l. 13, XXVII, 3).

(46) Non vero usurae praestabantur si tutor pecuniam a se impensam ex ea potuisset recuperare, quae ad pupillum pertinebat (l. 3, 3, 4, XXVII, 4).

(47) Licet quae utilitas a tutore sperabatur, sine eius culpa consecuta non fuisset (l. 3 pr., 7, XXVII, 4).

(48) l. 1, 3, XXVII, 4.

(1) l. 3, 8, XXVI, 7.

(2) ll. 18, 1; 38; 39, 11; 42; 55, XXVI, 7; l. 1, 13, XXVII, 3; ll. 2; 3 C. V, 52.

nisi hic solvendo haud esset (3), vel qui conveniebatur suam collocasset fiduciam in gestione alterius (4). Quod si culpa in omnes redundaret, tunc habebat beneficium divisionis, cuius vi alii quoque, si essent solvendo, in iudicium vocandi erant (5). Quod si demum alii essent absentes vel solvendo impares, poterat, si quidem in bona fide extitisset (6), opponere beneficium cedendarum actionum (7).

III — *Unus tutor verus, coeteri honorarii* — Fere semper, utilitate suadente, uni ex pluribus tutoribus universa committebatur administratio vel a patre in testamento, vel a magistratu, vel etiam a sociis in tutela. Interdum etiam ipso iure unus tantum administrationem suscipiebat ex eo quod, cum de pluribus tutoribus ageretur a praestanda satisdatione exemptis, ipse solus satisdationem obtulisset (8).

Qui tutelam non administrabant, seu qui propterea vocabantur honorarii, periculum administrationis nihilominus sustinebant, quia erant quasi observatores gestionis tutoris veri eiusque custodes. Eis itaque imputabatur si, dum male eum conversari vidissent, suspectum non fecissent (9).

IV — *Omnes tutores pro diviso* — Si vero plures tutores dividi inter se tutelam voluissent, a Praetore audiendi erant, ut inter eos distribueretur administratio (10). Huiusmodi divisio procedere etiam poterat ex privata partium conventione, necnon ex testatoris iudicio (11). Divisio ex privata partium conventione non attendebatur relate ad pupillum (12); quae vero ex testatore et magistratu, valebat, et tunc singuli pro parte sua tantummodo tenebantur (13).

Attamen hic quoque unusquisque censebatur uti tutor honorarius respectu illius partis quam socius administrabat, cuius erat observator et custos. Si ergo aliquid admissum fuisset, quod sibi imputari poterat ex defectu custodiae e. g. quia alterum, cum deberet, suspectum non fecerit, aut satisdationem exigere neglexerit, tunc pe-

(3) l. 39, 11, xxvi, 7; l. 8 C. v, 37; l. 6 C. v, 51; l. 3 C. v, 52; l. 2 C. v, 55; l. 1 C. vi, 64.

(4) l. 55, 2, xxvi, 7.

(5) l. 38 pr., 1 ib.; l. 1, 11, 12, xxvii, 3.

(6) l. 38, 2, xxvi, 7; l. 1, 14, xxvii, 3; l. 2 C. v, 58.

(7) l. 1, 18, xxvii, 3. Cessionem actionum petere debebat ante solutionem (l. 1 C. v, 58); in casu contrario praesto ei erat actio utilis tutelae quasi ex iure cesso (l. 1, 13, xxvii, 3; l. 2 C. v, 58). In beneficio autem cedendarum actionum non poterat venire etiam privilegium exigendi, quia personae pupilli inhaerebat, uti diximus.

(8) l. 3, 1 seq. xxvi, 7.

(9) l. 3, 1 ib. Notandum quod tutoribus honorariis recte solvi poterat, nisi penitus facultas adempta esset a praetore (l. 14, 1, xlvi, 3).

(10) l. 3, 9, xxvi, 7.

(11) Frag. Vat. 229.

(12) l. 55, xxvi, 7; ll. 2; 3 C. v, 52.

(13) ll. 3, 9; 4, xxvi, 7; l. 2 C. ib.

riculum sustinebat (14). Item si de omissione ab aliquo facta ageretur, quia in eo quod gestum non fuerat aeque omnes peccare videbantur (15),

§. 111. *Protutor*, *falsus tutor*.

I — Non omnes conveniunt in assignando discrimine quod inter protutorem et falsum tutorem intercedebat apud romanos. Unam eamdemque personam fuisse quidam extimant, quae relate ad pupillum protutor, relate ad extraneos falsus tutor dicebatur. Alii affirmant unam utique eamdemque fuisse personam, sed pro actuum diversitate, qui in officio tutoris continebantur, appellatam fuisse protutorem aut falsum tutorem; nempe quatenus administrabat, protutor dicebatur, et quatenus auctoritatem interponebat, falsus tutor. Alii demum discrimen inveniunt in bona vel mala fide, ut qui in bona versabatur protutor, qui in mala fide falsus tutor diceretur.

II — *Protutor* — Pro tutore negotia is gerere habebatur, qui munere tutoris in re pupillari fungeretur, sive se tutorem verum putasset, sive non (1). Poterat siquidem iure romano quicumque alterius gerere negotia; exinde negotiorum gestio. Et proinde hic pariter concedebatur quod quis pupilli bona administraret; sed quia qualitas tutoris deficiebat, interdicebantur eidem quidam actus maioris momenti, et praesertim interpositio auctoritatis (2) et alienatio (3); extraneus autem, si hisce in casibus bona fide cum illo contraxisset, restitutionem habebat in integrum (4). In coeteris, quae simplicem administrationem respiciebant, veluti verus tutor habebatur, et proinde periculum sustinebat (5).

Contra protutorem erat actio directa protutelae, et eidem actio contraria (6). Cessabat eo modo quo cessare poterat negotiorum gestio, nec requirebantur illae speciales extinctionis causae, quas superius quoad tutorem citavimus (7).

III — *Falsus tutor* — Praetor proposuit quoque edictum de falso tutore, ne contrahentes deciperentur (8). Contrahens cum falso tutore

(14) l. 1, 15, xxvii, 3.

(15) l. 2 C. v, 55. Cf. l. 2 C. v, 52; l. 1 C. v, 55. Qui tamen non gesserant, non poterant conveniri, nisi post excussum tutorem qui gessisset eiusque haeredem et fideiussorem (l. 6 C. v, 51; l. 3 C. v, 52).

(1) l. 1, xxvii, 5.

(2) l. 1, 2, 5, xxvii, 6. Cf. ll. 14, 1, 2; 34, 4, xlvi, 3.

(3) l. 2, xxvii, 5; l. 8 pr., xxvii, 9.

(4) ll. 1, 6; 2, xxvii, 6. Cf. ll. 3-5 ib.

(5) l. 4, xxvii, 5. Cf. l. 1, 9 ib.; l. 39, 2, xxvi, 7.

(6) ll. 1 pr., 8; 5, xxvii, 5. Quidam volunt quod pupillus habuerit etiam hypothecam legalem super eius bona.

(7) l. 1, 3, xxvii, 5. Cf. l. 26, xxvi, 7; l. 1, 3, xxvii, 4.

(8) l. 1, xxvii, 6.

agere poterat contra ipsum actione ex contractu si negotium fuisset bonae fidei, vel actione doli si stricti iuris (9).

CAPUT VII.

DE TUTELA MULIERUM.

§. 112. *Notiones.*

I — Legislatio XII Tabularum feminis perpetuam imponebat tutelam (1), et ratio huius dispositionis ex sexus fragilitate iurisque ignorantia petebatur (2). Sed ipsi ICC. fatebantur quod huiusmodi ratio magis speciosa erat quam vera: revera femina perfectae aetatis suique iuris omnia negotia gerebat, et si tutor adhibebatur, hoc tantummodo dicis causa fiebat, adeo ut saepe invitus etiam auctoritatem praestare cogeretur (3). Vera ratio continebatur in tuitione patrimonii favore agnatorum (4).

II — A tutela iam ab initio eximebantur Vestales (5). Dein leges Iulia et Papia Poppaea exemptas pariter feminas declaraverunt, si filiorum quemdam numerum habuissent (6). Lex Claudia sustulit tutelam mulierum legitimam, excepta patronorum tutela (7). Ex quo apparet quod paulatim ab exordio imperii semper decreverit rigor huiusce tutelae, quamvis eius mentio adhuc tempore Diocletiani habeatur (8).

§. 113. *Delatio.*

I — Tutela mulierum iisdem modis deferebatur ac tutela impuberum, eodemque ordine. Excusationes etiam erant prout iam superius vidimus. Attamen in plerisque distinguebatur a tutela impuberum.

II — *Tutela testamentaria* — Non solum pater in suo testamento tutorem feminae assignare poterat, sed etiam vir in cuius ipsa ma-

(9) l. 7 pr., 1-3 ib. Cf. ll. 7, 4; 8; 9 ib.

(1) Liv. XXXIV, 2; Cic. *pro Murena*, 12; Plut. *Numa*. 10; Gai. I, 144, 145, 190; II, 47. Institutum tutelae mulierum non erat aliis populis ignotum (Gai. I, 193).

(2) Gai. I, 144; Ulp. XI, 1; Cic. *pro Murena*, 12; Liv. XXXIV. 2.

(3) Gai. I, 190, 192. Cf. Cic. l. c.

(4) Sic etiam lex Voconia et voconiana ratio ad eumdem finem prohibuerant feminis haereditates locupletiores.

(5) Plut. *Numa*. 10; Cic. *de repub.*, III, 7; Gell. I, 12; IV, 7; Gai. I, 130, 145; Ulp. X, 5.

(6) Gai. I, 145, 194; III, 44; Frag. Dosith., 15; Ulp. XXIX, 3; Plut. *Numa*, 10.

(7) Gai. I, 157, 171; Ulp. XI, 8; l. 3 C. V, 30; l. 3 C. Th. III, 17.

(8) Frag. Vat. 325-7.

num convenisset (1). Admissum dein moribus fuit quod maritus electionem tutoris uxori relinqueret; hic tutor ex facultate optionis vocabatur *optivus* (2). Optio erat aut plena aut angusta: plena quando uxori permittebatur quem vellet tutorem semper sibi eligere; angusta, quando non semper, sed statutis tantum vicibus eligere posset (3).

III — *Tutela legitima* — Hic quoque vigebat principium: ubi successionis emolumentum est, ibi et onus tutelae esse debet. Triplex erat tutorum legitimorum ordo:

a) quoad feminas ingenuas non emancipatas vocabantur agnati proximi (4).

b) quoad feminas emancipatas vocabantur emancipans eiusque filii. Pater emancipans appellabatur simpliciter legitimus: coeteri vero tutores fiduciarii (5).

c) quoad libertas vocabantur patronus eiusque filii (6).

Cum tutela legitima non raro ad personas incapaces devolveretur, hinc est quod feminae tunc dabatur tutor specialis pro illo actu qui eiusdem auctoritatem requirebat (7). Item si tutor absens fuisset permittebatur feminae alium sibi petere; quo tamen petito, prior desinebat. Excipiebatur casus libertae ac emancipatae, quibus non licebat tutorem petere in locum absentis patroni vel parentis emancipantis (8).

Tutela legitima poterat extraneo cedi, qui appellabatur *tutor cessitius* (9), quique exercebat tutelam nomine ac vice tutoris legitimi, a quo prorsus dependebat, ita ut cedente mortuo cessaret, et mortuo cessionario ad cedentem reverteretur (10). Speciatim vero tutela fiduciaria cedi non poterat (11).

IV — *Tutela dativa* — Eadem erat ac tutela dativa impuberum (12). Mulier tutorem sibi ipsi petere poterat ex lege Atilia et Iulia Titia (13).

(1) Gai. I, 144, 148.

(2) Gai. I, 150, 154; Plaut. *Truc.* v. 814; Liv. XXXIX, 19. Optio inveniebatur quoque apud Latinos (Lex Salpens. 22 penes Bruns p. 143).

(3) Gai. I, 151-153.

(4) Gai. I, 155, 157; Ulp. XI, 3.

(5) Gai. I, 166; Ulp. XI, 5. Iam vidimus hanc tutelam fiduciariam in moribus fuisse ut mulier vitaret tutelam et sacrorum obligationem (Gai. I, 114; Cic. *pro Murena*, 12; *Top.*, 4; *ad fam.* II, 19); necnon et testari posset, quod quidem olim etiam auctoritate agnatorum haud erat concessum (Gai. I, 115a.)

(6) Gai. I, 165; Ulp. XI, 3.

(7) Gai. I, 179, 180; Ulp. XI, 21. Cf. l. 17, XXVI, 1.

(8) Gai. I, 173-5; Ulp. XI, 22.

(9) Gai. I, 168 seq.; Ulp. XI, 6 seq.

(10) Gai. I, 170 seq.; Ulp. XI, 7.

(11) Gai. I, 172. Cf. 175.

(12) Gai. I, 182 seq.; Ulp. XI, 18, 20.

(13) Gai. I, 185, 195; Ulp. XI, 18; Liv. XXXIX, 9.

§. 114. *Effectus et finis.*

I — Mulier perfectae aetatis suique iuris sibi adquirere poterat, sicuti de impuberibus diximus. Ab his vero differebat quatenus praeterea quosdam alios actus ponere poterat, nempe alienare res nec mancipi (1), pecuniam mutuo dare (2), solutiones recipere (3), non vero acceptilare (4). Pariter ex auctoritate divi Hadriani feminis capite non minutis remissa est necessitas tutorem fiduciarium habendi, ut testari posset (5).

II — E contra non poterat, praeter recensitos, alios actus ponere titulo oneroso absque tutoris auctoritate (6). Quare tutor necessarius erat ad testamentum faciendum (7), ad agendum in iudicio (8), ad coemptionem peragendam (9), ad constitutionem dotis (10), ad alienationem rerum mancipi (11), ad cessionem, acceptilationem, servi manumissionem (12), ad haereditatem adeundam (13), et generatim ad sese obligandum negotiumque civile peragendum (14).

III — Officium tutoris mulieris prorsus differebat ab officio tutoris impuberis; non enim invigilare quomodocumque debebat super personam, imo neque super administrationem bonorum. Coarctabatur solummodo ad praestandam auctoritatem in casibus citatis (15). Hinc est quod non erat locus actioni tutelae (16), neque remotioni ob suspecti crimen (17), neque iuramento, satisdationi, inventarii confectioni. Uti diximus, aliquando tutores cogebantur etiam ad officium implendum seu interponendam auctoritatem (18).

IV — Cessabat iisdem modis ac tutela impuberum (19), praeterquam quod non erat ad aetatem limitata (20). Insuper, cessabat per

(1) Gai. I, 192; II, 80; Ulp. XI, 27; Frag. Vat. 1.
(2) Gai. II, 81.
(3) Gai. II, 85.
(4) Gai. II, 85; III, 171.
(5) Gai. I, 115a ; Ulp. XX, 16. Cf. Liv. XXXI, 9; Gell. I, 12.
(6) Gai. I, 192; II, 80; III, 91, 107, 108; Frag. Dosith. 15; Ulp. I, 17; XI, 27; Frag. Vat. 1, 259. Cf. l. 7, XXVI, 5.
(7) Gai. I, 192; II, 112, 113, 121 seq.; III, 43; Ulp. XX, 6; XXIX, 3.
(8) Gai. I, 184; Ulp. XI, 24, 27.
(9) Gai I, 115, 195a.
(10) Gai. I, 178, 180; Ulp. XI, 20, 21; Cic. *pro Flacc.*, 35.
(11) Gai I, 192; II, 47, 80; Ulp. XI, 27; Frag. Vat. 1, 45, 259.
(12) Gai. II, 85; III, 171; Frag. Dosith. 15; Frag. Vat. 45.
(13) Gai. I, 176; Ulp. XI, 22.
(14) Cic. *pro Caec.* 25 ; *pro Flacco*, 34. Si plures fuissent tutores legitimi, omnes, uti iam animadvertimus, concurrere debebant ad auctoritatem praestandam (Cic. *pro Flacco*, 34. Cf. Ulp. XI, 26).
(15) Gai. I, 190, 191; Ulp. XI, 25, 27.
(16) Gai. I, 191.
(17) Gai. I, 182; Ulp. XI, 23; ll. 1, 3; 3, 4, XXVI, 10.
(18) Cic. *pro Murena*, 12. Excipiebantur tutores legitimi (Gai. I, 192).
(19) Cf. Gai. I, 195b, 195c.
(20) Gai. I. 144, 145.

coemptionem a muliere peractam (21), necnon, vi legum Iuliae et Papiae Poppeae, per ius liberorum (22).

SECTIO SECUNDA — DE JURE CURAE

CAPUT UNICUM.

§. 115. *Notiones.*

I — Officium curatoris aliud erat a simplici procuratoris officio; istius enim privata auctoritas, illius publica. Procurator in latitudine suae potestatis a voluntate domini dependebat; curator non. Demum ille subiicebatur domino; huic vero dominus.

II — Curatorum duplex genus: unum eorum qui, nulla personae habita ratione, unice bonis dabatur. Quales erant qui bonis dabantur captivi in bello aut absentis (1); vel pupilli, cui controversia status facta fuisset ne bona patris consequeretur, et qui interim possessionem bonorum ex Carboniano edicto susceperat (2); vel debitoris, qui solvendo non esset cuiusque bona distrahebantur (3); item curatores qui ventri dabantur (4), aut haereditati (5). Hoc tamen genus ad nostram materiam non pertinet.

Alterum genus erat eorum, qui certis personis, quae alieno auxilio indigebant, ad res administrandas dabantur. Quales erant qui constituebantur propter aetatem minorem, vel propter animi corporisve vitium, alicuius scilicet furiosi, prodigi, dementis, surdi et muti, et in genere cuiuscumque alterius, qui perpetuo laborasset morbo.

III — Iuxta leges XII Tabularum cura considerabatur tamquam potestas (6), et communiter definitur: potestas a iure constituta ad facultates eorum administrandas, qui defectu aetatis aut alio vitio idonei non erant rebus suis gerendis. Principia generalia, quae curam regebant, fere eadem sunt illis quae exposuimus in sectione prima de iure tutelae, adeo ut, exceptis quibusdam infra exponendis, omnia quae hucusque diximus de tutoribus prae oculis habenda sint.

(21) Gai. I, 115, 195a.

(22) Gai. I, 145, 194; II, 44; Frag. Dosith. 15; Ulp. XXIX, 3; Paul. V, 9, 9.

(1) l. 6, 3, XXVI, 1; l. 6, 2, XLII, 4; l. 1, 4, L, 4; l. 3 C. VIII, 51. Cf. l. 22, 1, XLII, 5.

(2) D. XXXVII, 10; l. 5, 2, 5 ib.

(3) l. 5, 9, XXVII, 10; D. XLII, 7.

(4) l. 20 pr., XXVI, 5; l. 8, XXVII, 10; l. 1, 4, L, 4. Cf. D. XXXVII, 9.

(5) l. 3, XXVII, 10; ll. 8; 9 pr., XLII, 4.

(6) Tab. V, 7 penes Bruns p. 23.

IV — Distinguebatur potestas curatoris a potestate tutoris, tum quia curator generatim illi dabatur, qui per se idoneus administrationi perfectoque iudicio praeditus fuisset; tum quia curator tantummodo consensum praestare debebat, qui consensus et praecedere et subsequi actum poterat illius, qui sub cura erat, et quidem sine ulla solemnitate. E contra tutor dabatur ad complendam naturalem imperfectionem iudicii et auctoritatem praestare debebat in ipso negotio, ut quid unum exurgeret ex proprio et ex pupillari actu.

V — Institutum iuridicum curae paulatim de personis ad personas productum est. Primitus leges XII Tabularum submiserunt furiosum curae agnatorum vel gentilium, ne in istorum detrimentum dilapidarentur bona (7). Fortasse etiam ex earumdem legum dispositione descendit cura prodigi (8).

Dein praetor protectionem suscepit non solummodo eorum, quibus iam prospexerant praedictae leges, sed etiam eorum qui aliquo morbo perpetuo laborassent (9). Curator praetoris appellatus est *honorarius*, ut distingueretur a curatore *legitimo* ex legibus XII Tabularum.

Successit postea lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium, ut ipsi quoque defenderentur propter aetatem fraudibus nimis obnoxiam (10), quamvis per se, uti puberes, plenam ex iure haberent bonorum administrationem (11). Lex Plaetoria curatorem specialem minoribus adiunxit in negotiis maioris momenti, qui curator cessabat actu cessante (12).

Tandem Marcus Aurelius curatorem perpetuum minoribus concessit, scilicet usque ad maiorem aetatem (13).

§. 116. *Cura minorum.*

I — Ordine temporis non servato, primo loco, iuxta communem tractationis modum, sermo erit de cura minorum speciatim, et secundo loco de aliis curae generibus.

(7) Tab. v, 7ª penes Bruns ib.; Gai. II, 64; Ulp. XII, 2; par. 3 i. I, 23; l. 1, 13, XXVI, 10; Varr. *de r. r.* 1, 2; Columel. *r. r.* 1; 3; Cic. *Tusc.*, III, 5; Rethor. *ad Heren.*, I, 13, 23. Cf. Collat. XVI, 4, 2.

(8) Disputatur, sed communiter adfirmatur. Cf. Ulp. XII, 2; Paul, III, 4ª, 7; par. 3 i. I, 23; ll. 1 pr.; 13, XXVII, 10; Cic. *de senect.* 7. Curator lege dabatur tantum prodigo quoad bona ab intestato; verum prodigo ingenuo quoad bona ex testamento patris, vel etiam prodigo libertino non quidem lege, sed auctoritate praetoria curator dabatur (Ulp. XII, 3). Dein in omnibus casibus cura prodigi dativa effecta est (Paul. III, 4ª, 7; par. 3 i. I, 23; l. 1 pr., XXVII, 10. Cf. Valer. Max. III, 5, 2), eoque deventum est ut quaecumque prodigalitas in bonis interdictioni apud magistratum locum daret (l. 12, 2, XXVI, 5; l. 1 pr., XXVII, 10).

(9) Cf. par. 4 i. I, 23.

(10) Lex Iulia Munic. I, 112 penes Bruns p. 110. Consule Cic. *de deor. nat.* III, 30, 74; *de offic.* III, 15, 61.

(11) l. 43, XLIV, 7.

(12) Cf. Capitol. *Anton. Phil.*, 10.

(13) l. 1, 3, IV, 4; Capitol. l. c.

Minores erant qui aetatem quatuordecim annorum si masculi, duodecim si feminae excessissent, nec vigesimum quintum complevissent. Completo vigesimo quinto anno aetas dicebatur *legitima* (1), quia virilis vigor tamquam tunc temporis completus in iure habebatur (2). Computabatur non tantum dies, sed et hora, quin et momentum (3). Ante hanc aetatem, cum insidiis et captionibus exponerentur qui sui iuris essent, iure merito institutum curae inductum est (4). Attamen masculi post completum vigesimum annum, feminae decimum octavum, poterant a principe veniam impetrare aetatis (5); qua obtenta sine curatore administrare res suas ipsis quidem licebat, ita ut nulla prorsus esset spes restitutionis in integrum (6). Sed etiam obtenta aetatis venia quidam prohibebantur actus sine iudicis decreto, quos inter connumerabatur immobilium alienatio (7).

II — Curatores dabantur ab iisdem magistratibus, a quibus tutores (8). Praeter tamen curatores dativos, nulli alii erant, neque legitimi, neque testamentarii; quod si quis a parente in testamento tamquam curator designatus fuisset, iudicis decreto confirmari solebat (9). Ceterum minores inviti curatorem recipere non cogebantur, praeterquam quod ad alienationes faciendas (10), ad rationes administratae tutelae sibi a tutore reddendas (11), ad lites (12), ad debita sibi a debitore exsolvenda (13) et ad adrogationem perficiendam (14). Extra hos casus minores petebant suo arbitrio curatorem (15); et haec est ratio cur sine curatore interdum exhibeantur in fontibus iuris (16).

Curatores omnes esse poterant, qui ad gerendum onus tutelae apti fuissent: excipiebantur maritus et sponsus, qui curatores esse non poterant uxoris et sponsae (17).

III — Ad exemplum actionis tutelae, quae pupillo competebat adversus tutorem, concedebatur actio minori adversus curatorem, ita ut interdum haec quoque appellata fuerit tutelae actio (18). Non autem omnes conveniunt quaenam praecise fuerit; nam alii volunt

(1) l. 4 C. II, 45.
(2) l. 1, 2, IV, 4.
(3) l. 3. 3 ib.
(4) pr. i. I, 23; l. 1 pr. ib.
(5) l. 2 pr., 1 C. II, 45; l. 1 C. Th. II, 17.
(6) l. 1 C. II, 45.
(7) ll. 3; 4 C. ib.
(8) par. 1 i. I, 23.
(9) l. c.
(10) ll. 1, 2, 4; 11, XXVII, 9; l. 3 C. II, 22. Cf. ll. 22; 28, 5 C. V, 37.
(11) l. 5, 5, XXVI, 7; l. 7 C. V, 31.
(12) ll. 1; 2 C. III, 6; l. 1 C. V, 31; l. 4 C. V, 59. Cf. l. 10 C. VII, 62.
(13) l. 7, 2, IV, 4.
(14) l. 8, I, 7; l. 5 C. V, 59.
(15) Ulp. XII, 4; l. 13, 2, XXVI, 5; l. 2, 5, XXVI, 6; Capitol. *Marcus*, 10.
(16) l. 7, 2, IV, 4; l. 3 C. II, 22; l. 7 C. V, 31.
(17) par. 19 i. I, 25; l. 1, 5, XXVII, 1.
(18) l. 3 C. V, 51.

quod fuerit actio negotiorum gestorum (19). Quo in casu paritas non est usquequaque admittenda, quia curator, quemadmodum tutor, tantummodo de culpa levi in concreto tenebatur (20). Alii volunt quod fuerit utilis tutelae actio (21). Quidquid sit, nullum dubium quod concessa non fuerit actio protutelae; quemadmodum nullum dubium quod actio adversus curatorem fuerit famosa (22). An etiam durante cura potuerit proponi non satis constat; nam ex una parte actio adversus curatorem furiosi etiam tempore gestionis admissa fuit (23), ex altera vero parte admissa non fuit nisi post maiorem aetatem eius qui sub cura constituebatur (24).

Cessabat cura iis modis quibus et tutela (25).

§. 117. *Alia genera curae.*

I — Eadem ratione qua dabantur pupillis tutores et minoribus curatores, iis quoque cura concessa fuit, qui ex aliquo animi corporisve vitio rebus suis gerendis idonei non erant; intererat enim reipublicae ne quis res suas dilapidaret aut perderet. Et iure quidem romano tales habebantur furiosi, prodigi, amentes, surdi et muti, quique perpetuo laborabant morbo.

II — *Furiosus et amens* — Furiosis et amentibus cura deferebatur aut testamento, aut lege, aut magistratus auctoritate (1); quae cura desinebat ipso iure simul atque resipuissent (2). Habebatur quoque ratio lucidi intervalli certo recogniti (3); quamvis in iure iustinianeo, propter difficultatem recognitionis huiusmodi temporalis sanitatis, constitutum fuerit ut perpetuo curator permaneret, et solummodo exercitium eius curae sileret eo tempore quo sanus apparebat qui erat sub cura (4).

(19) Appellata quoque fuit *curationis iudicium*. Cf. l. 3, 5, III, 5; l. 11, XXVI, 8; ll. 4, 3; 13, XXVII, 3; l. 17 C. II, 19.

(20) l. 7 C. V, 51.

(21) D. XXVII, 3; XXVII, 4.

(22) Consule Cic. *de orat.* I, 37; *pro Caec.* 3; *pro Roscio Com.* 6; *Top.* 10.

(23) l. 4, 3, XXVII, 3.

(24) l. 14 C. V, 37. Interpretes in solutione quaestionis adlaborant, et quidam dicunt l. 4, 3 loqui de speciali negotiorum gestione, et l. 14 de generali. Qui vero affirmant absolute potuisse proponi etiam durante cura, afferunt l. 26, XXVI, 7; ll. 4; 16, 1, XXVII, 3; l. 1, 3, XXVII, 4; ll; 2; 14 C. V, 37.

(25) Notandum quod quamvis pupillus non posset postulare suspectum suum tutorem, poterat tamen minor, uti diximus, postulare curatorem (par. 4 i. I, 26; l. 7 pr., XXVI, 10; l. 65, V, 43).

(1) ll. 13; 16 pr., XXVII, 10; ll. 5; 7, 5, 6 C. V, 70. Generatim loquendo curator furiosi erat ipse filius (ll. 1, 1; 4, XXVII, 10).

(2) l. 1 pr., XXVII, 10.

(3) Paul. III, 4ª, 5; par. 1 i. II, 12; l. 2 C. IV, 38; l. 6 C. V, 70.

(4) l. 6 C. cit.

Furiosus comparabatur ipsi infanti et absolute incapax erat cuiuscumque actus iuridici (5). Proinde curator omnia negotia nomine proprio gerere debebat (6), sed eius potestas limitibus circumscribebatur, qui olim multi erant (7); dein vero deminuti sunt in eiusdem furiosi aut amentis commodum (8), ita ut alienare quoque liceret (9).

III — *Prodigus* — Prodigo item cura deferebatur aut testamento aut lege aut magistratus auctoritate (10). Praecedebat interdictio bonorum, quae a propinquis provocabatur, quibus hominis prodigalitas probanda erat (11). Quamvis aliquando in fontibus prodigus furioso compararetur (12), tamen eius incapacitas similis erat incapacitati impuberis, proindeque relativa; si quidam actus titulo oneroso ipsi prohibebantur (13), quidam alii e contra permittebantur, e. g. matrimonium (14), haereditatis aditio (15).

Statim ac receptis sanis moribus et frugalitate in gratiam reversus esset, ipso iure cessabat cura (16).

IV — *Morbo perpetuo laborans* — Et huic quidem parabatur institutum curae, e. g. surdo, muto, surdo et muto (17), fatuo (18). Non tamen isti eodem modo regebantur ac alii. Non enim in omnibus curator eos regebat, sed in iis tantum in quibus propter vitium rebus suis administrandis idonei haud essent. Hinc curatores huius generis potius adiutores appellari poterant, publica auctoritate constituti, quorum officium erat ut assisterent gerendis negotiis quoties cogebat necessitas. Revera vitia, de quibus est sermo, non auferebant aut ita plerumque labefactabant animi iudicium, ut perfectum consensum tollerent. Ceterum vitio cessante, cura quoque cessare debebat.

V — *Impubes* — Nonnumquam denique extraordinario modo etiam impuberibus curatores dabantur (19), scilicet:

(5) par. 1 i. II, 12; par. 8 i. III, 19; l. 70, 4, XLVI, 1; l. 2 C. V, 38.

(6) Gai. III, 106; Ulp. XX, 13; l. 10, 1, XXVII, 10; l. 18, XXVIII, 1; l. 63, XXIX, 2; l. 1, 12, XLIV, 7; ll. 5; 40, L, 17; l. 2 C. IV, 38; l. 7, 3 C. V, 70 — Curator debebat non solum bona, sed et corpus et salutem tueri (l. 7, XXVII, 10).

(7) Cf. l. 22, XL, 9; l. 13, 10, XLVI, 4.

(8) l. 17, XXVII, 10; l. 7, 3, 7-9 C. V, 70.

(9) Gai. II, 64; l. 11, XXVII; 9, ll. 7, 1; 10, 1, XXVII, 10; l. 56, 4, XLVII, 2.

(10) Ulp. XII, 3; par. 3 i. I, 23; ll. 1 pr.; 13; 16, 1 seq., XXVII, 10.

(11) Paul. III, 4a, 7.

(12) l. 40, L, 17. Cf. Ulp. XX, 13; l. 6, XLV, 1.

(13) l. 6, XLV, 1.

(14) Cf. l. 20, XXIII, 2.

(15) l. 5, 1, XXIX, 2. Cf. l. 10 pr., XXVII, 10; l. 6, XLV, 1; l. 3, XLVI, 2.

(16) Paul. III, 4a, 12; l. 1 pr., XXVII, 10.

(17) par. 4 i. I, 23; l. 8, 3, XXVI, 5; l. 2, XXVII, 10; l. 20, XLVII, 5. Cf. Paul. IV, 12, 9.

(18) l. 2, III, 1; l. 12, pr., XXVI, 5; l. 2, XXVII, 10; ll. 19, 1; 21, XLII, 5. Cf. par. 4 i. I, 23.

(19) Imo interdum etiam mulieri (Frag. Vat. 110).

a) cum tutor minus idoneus esset, non tamen fraudis reus, in administratione (20).

b) cum tutor excusaretur ad tempus a tutela (21).

c) cum tutori agendum esset in iudicio cum pupillo (22).

d) cum tutor in excusatione allata non auditus appellasset ad aliud tribunal (23).

e) cum tutor in morbum incidisset (24).

d) cum ageretur de bonis adventitiis impuberis filiifamilias, eo quia paterfamilias non habebat ipsorum administrationem (25).

VI — Quoad curatores dandi modum, quinam esse poterant, quomodo cura cessaret; consulenda sunt quae in praecedenti paragrapho de cura minorum exposuimus.

(20) par. 5 i. I, 23; l. 6, XXVII, 2.
(21) par. 5 i. cit.; l. 28, 2, XXVII, 1.
(22) par. 3 i. I, 21.
(23) l. 17, 1, XLIX, 1. Cf. l. 2, XXVI, 5.
(24) par. 6 i. I, 23; l. 13 pr., XXVI, 1; ll. 10, 8; 11; 12 pr., XXVII, 1.
(25) l. 8, 1 C. VI, 61; Nov. 117, C. 1, 1 — Si curator alicui impuberi datus esset, pubertate adveniente cessabat aliusque dabatur (l. 25, XXVI, 5).



PARS SECUNDA

DE IURE PERSONARUM

PERSONA PHISICA

I.

Homo, quatenus capax iurium, appellabatur a romanis *persona* (1). Capacitas haec iuridica constituebat *caput*, quod triplici elemento constabat, nempe libertate (2), civitate (3), familia. Qui tribus elementis praedictis carebat non erat persona, et quamvis iure naturae homo esset, iure civili non considerabatur nisi inter res.

Maxima proinde divisio personarum apud romanos inter homines personas et homines non personas, seu inter liberos et servos. Iamvero plures aliae divisiones inferioris ordinis admittebantur, prouti ageretur de maiori participatione cuiusque singuli elementi capacitatis iuridicae.

Exordium sumentes a libertate, quae fundamentum erat capitis, et procedentes per civitatis et familiae iura habebimus hominem, qui poterat illud celeberrimum usurpare: *civis romanus sum.*

II.

Vix est ut admoneatur quod homo debebat habere existentiam propriam, (a), seu in natura existere; quod utique dici poterat, si e ventre matris editus esset, et non mortuus, sed saltem vivus si non

(a) Sunt doctores qui, ut homo in iure existat, requirunt *vitalitatem*, praeter vitam: afferunt l. 12, I, 5.

Alii negant et animadvertunt quod pro natis romanus legislator requirit utique ut infra quosdam terminos temporis edantur, sed ad hoc simpliciter, ut praesumptio adsit legitimae paternitatis. Ceterum — aiunt — quandocumquè quis ex utero matris in lucem prosilit, iam persona est: brevitas vitae, sicut in natura ita et in iure, efficere non potest ut prorsus non existat.

(1) Gumlich, *De homine persona*. Dissertat. inaugur. Berolini, 1863 — Pepere, *L' individuo secondo il dir. rom. ed il german.*, Napoli, 1897.

(2) Deguerre, *Liberté individuelle en droit rom. et français*, Paris.

(3) Michel, *Droit de cité romaine. Signes distinctifs de la qualité de citoyen romain*, Paris, 1885 — Stella Maranca, *La cittadinanza romana e l' editto di Caracalla*, Lanciano, 1894 — Cf. infra III, n. 7.

vitalis (1). Usquedum in ventre matris erat, in incerto adhuc pendebat existentia propria, et de eius iuribus, generatim loquendo, quaeri non poterat.

Primum ius cui homo vitam ingrediens occurrit, est ius libertatis (b), quae radix est omnium iurium personalium non solum, sed et coeterorum. At romani, qui omnia sibi propria habebant, non exceptis interdum iuribus ipsis naturae, libertatis ius non agnoscebant (c), in exercitio, apud omnes homines, sed innumeris hominibus, qui romano nomine spoliabantur, iugum servitutis (d) imposuerunt (2) in similitudinem animalium ratione carentium (3). Hinc *liberi et servi* (4).

(b) Vangerow in opere suo elucubratissimo de Latinis Iunianis iura libertatis et civitatis ex iure proprietatis, quam quisque habet super personam propriam, deducit. Quando hoc ius proprietatis ad alium pertinet, *servitus* exurgit; quando sibi ipsi competit, exurgit *libertas*. Proprietas sibi ipsi competens talis esse potest a nativitate et tunc *ingenuitas;* vel ab alio recipitur, et tunc *libertinitas*. Quod si perfecte competit seu iure quiritario, tunc *civitas*; si imperfecte, seu iure bonitario, tunc *latinitas* aut *peregrinitas*.

Acerrime hanc doctrinam insecutus est Puchta in suis institutionibus, quem alii imitantur.

Quin in hac quaestione immoremur, notandum est quod hodie alia doctrina proponitur de iuribus in seipsum (Cf. Campogrande, *I diritti sulla propria persona*, Catania, 1896). Iuxta neotericam doctrinam ius in seipsum definitur: potestas diversimode de persona propria phisica disponendi, necnon de quibusdam qualitatibus, quae personae inhaerent.

(c) Instituti iuridici servitutis historia quadrifariam optime distingui potest:

1. epocha, in qua mores adhuc patriarcales floruerunt. Tunc servus in praxi habebatur potius ut adiutor domini sui: imo eius amicus et socius (Cf. Voigt, *XII Taf.* I, 242).

2. epocha corruptionis morum, nempe reipublicae temporibus et praesertim post alterum bellum Punicum. Conditio servorum vere pessima evasit, cui contulit quoque ingens eorumdem multitudo.

3. epocha, in qua philosophia stoica a iurisconsultis exculta est. Iam apparuit humanitatis sensus erga serviles personas.

4. epocha, in qua doctrina christiana de filiatione omnium prorsus hominum ex unico Deo, omniumque communi dignitate ius in servos radicitus destruxit.

Priusquam ultima epocha adventasset frustra philosophi contra servitutem inclamarunt omnes homines aequales affirmantes (Seneca, *de benef.* III, 20; *de clem.* I, 18); mores e contra atrociores fiebant (Seneca, *de clem.* l. c.; *de ira*, III, 40; Cic. *pro cluent.*, 66; Svet. *Calig.*, 52).

(d) Diversa servorum genera vide in Marquardt, *Röm. Privatl.* I, 140 seq.)

(1) Waechter, *Commentationes de partu vivo non vitali*, Lipsiae, 1863 — Bätschl, *d. Requisit der Vitalität f. den Beginn der Persönlichkeit*, Zür. 1888 — Muscolino, *De partu vivo et vitali* (in *Arch. Giurid.* LVII) — Cf. Mai, *Der Gegensatz u. d. Controversen d. Sabinianer u. Proculianer im Anschluss an d. Berichte d. Gaian. u. Iustinian. Institutionen.* Mannh. 1886.

(2) Wallon, *Hist. de l' esclavage dans l' antiquité*, Paris, 1879 — Schneider, *Zur Geschihte d. Sklaverei im alt. Rom.*, Zür., 1893 — Ciccotti, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Torino, 1899.

(3) Circa influxum christianismi in servitutem cf. Troplong, *Influence du Christianis. sur le droit rom.* — Larroque, *De l' esclavage chez les nations chretiennes*, Paris, 1860 — Correra, *Gli Schiavi cristiani*, Napoli, 1886.

(4) D' Arnaud, *De iure servorum*, Leovad. 1744 — Caqueray, *De l' esclav. chez les Romains*, Paris, 1864 — Cibrario, *Schiavitù e servaggio*, 1868 — Trincheri, *Studi sulla condizione degli schiavi in Roma*, Roma, 1888 — Quoad personalitatem servorum: Schmidt, *Die Personlichk. d. Sklav.*, Freib., 1868 — De Crescenzio, *La perso-*

III.

Non tamen omnes liberi capaces erant iurium civilium. Cum aquilae romanae, victoria duce, longe lateque per orbem diffunderentur, impossibile evasit omnes habere servos, qui subiiciebantur; nec solum id ratio oeconomica patiebatur sed nec ratio politica. Relinquebantur ergo plurimi in statu libertatis naturalis, quin concessio fieret iuris romani. Hinc *peregrini* (1), quorum numerus adeo excrevit sive per commercia, sive propter necessitatem in Urbe potentissima refugium inveniendi adversus bellorum ingruentium clades, ut hospitii ius (2) tamquam institutum primitus privatum, dein publicum introductum fuerit (a); unde processit fortasse clientela (3), qua patricii romani maxime fulgebant (b).

(a) Peregrini erant extra forum, sacramentum, ius romanum (Festus, *Extrarius*). Iam diximus quod ab initio *hostes* appellabantur; at mox humanius habiti sunt, et, reservato *hostis* vocabulo ad significandum *perduellem*, Cicero potuit scribere circa peregrinos: una continemur omnes et eadem lege naturae etc. (*de off.* III).

Eorum coniugium agnoscebatur, ita ut adulterii notio admissa fuerit (l. 13, 1, 4, XLVIII, 5), filiique subiicerentur principio legitimae paternitatis (ll. 4, 3; 5, II, 4; l. 1, 2, L, 1). Pro ipsis fere introducta fuerunt fideicommissa, cum ex testamento capere non possent (Gai. II, 248, 285). Item introducti magistratus proprii, nempe *recuperatores* et *praetor peregrinus*. Quoad recuperatores adsunt controversiae, num scilicet omnes essent cives romani, vel inter ipsos quidam essent de gente peregrina; num iuxta ius gentium an iuxta aliud diiudicarent.

Statim aucto iam ab initio peregrinorum numero qui Romam confugiebant, ius hospitii introductum est (Consule Liv. XLIII, 2; Cic. *de off.* I, 11, 39; *divin.* IV, 20); quod institutum a Feniciis mutuatum Ihering contendit non tam humanitatis quam utilitatis causa. Cumque primum intra familiae septa concluderetur, dein publici iuris evasit, et originem dedit pluribus personalibus relationibus, quae imitari videbantur relationes adoptionis vel potius patronatus. Hinc orta est, si quosdam audiamus, romana clientela.

Ius hospitii fuisse haereditarium creditur, et per contractum etiam adquiri potuisse.

(b) Circa veterem clientelam romanam quot capita tot sententiae.

Sunt qui clientes fuisse volunt vetu-

nalità dello schiavo in dir. rom. (in *Atti dell' accad. di scienze mor.*, Napoli, 1891) — Trincheri, *La personalità degli schiavi in Roma* (in *Arch. Giurid.*, XL).

(1) Baron, *Peregrinenrecht und Ius Gentium*, Leipz., 1893 — Fadda, *La condiz. giurid. dello straniero presso i Romani* — Van Wetter, *Condition civil des étrangers* — Gemma, *La condiz. giurid. dello stran. nel passato e nel presente* (in *Arch. Giur.* XLIX).

(2) Ihering, *Die Gastfreundschaft im Alterthum* (in *Deut. Runds.* XIII, 9 — Trad.: *L' ospitalità presso gli antichi*, in *Riv. di Giurisp.*, Trani, 1889) — Tamassia, *Dell'ospitalità* (in *Riv. ital. per le scienze giur.*, XXII) — Ciccaglione. *Asilo, clientela, ospitalità* (in *Enciel. giurid. ital.* I) — Cf. Post, *Die Grundlagen des Rech. und die Grundzüge sein. Entwickelungsgesch.*, Oldenb., 1884 — Leist, *Graeco-ital. Rechtsgesch.*, Iena, 1884 — Id., *Alt-arisches Ius civile*, Iena, 1892 — Castellani, *Il dir. internaz. privato e i suoi recenti progressi*, Vol. I. Tor., 1895.

(3) Koellner, *De Clientela*, Gotting. 1831 — Palmer, *De iure clientelae*, Oxford, 1831 — Kobbe, *Ueber Curien u. Clientel.* Lübeck, 1839 (Opus simile: Suringar, Gro-

Peregrini utebantur iure gentium (4), et omnia sua retinebant prouti fas erat in terra aliena. Quare deos proprios colebant (5), iudicabantur iuxta codicem iuris gentium, et tandem etiam magistratus peculiaris favore ipsorum fuit constitutus qui praetor peregrinorum appellabatur (6). Spes ipsis effulgebat quoque perveniendi ad civitatem romanam (7); imo progressu temporis ita facilis fuit aditus, ut tempus advenerit in quo vix peregrini inveniri possent in imperio romano (8). Ipsis successerunt postremo *barbari* (9) (c).

Si ius ergo civitatis romanae (d) inspiciamus maxima erat distinctio inter cives et peregrinos. Inter hos status quidam medii habebantur

stissimos italici soli habitatores (Niebuhr); alii fuisse servos, qui paulatim ad meliorem conditionem evecti sunt (Lange); alii peregrinos, circa quos exercebatur jus hospitii (Ihering, Puchta); alii dediticios (Mommsen); alii plebeios (Ihne).

Quoad hanc postremam sententiam afferuntur plurima scriptorum veterum testimonia (Cic. *de rep.* II, 9, « habuit — Romulus — plebem etc. »; Liv., VI, 18. « Quot enim clientes circa singulos etc. » Plut. *Rom.*. 13; Fest. *Patrocinia*). Sed contra animadvertitur plebeios semper fuisse patriciis infensos, dum isti a clientibus semper adiuvarentur (Cf. Liv. II, 35, 56, 64; III, 14, 16).

Clientis conditio similis erat in pluribus conditioni liberti, sed non in omnibus. Revera cliens non videtur habuisse ius perveniendi ad ius civitatis, quod libertus habebat. Pariter nobis non constat de iure successionis patroni in bonis clientis. Tertio, quoad ius patronatus cliens non singularem personam sed gentem romanam uti patronam habebat: disputatur autem num iste patronatus fuerit exemplar patronatus manumissorum servorum, vel potius patronatus manumissorum exemplar fuerit patronatus clientum.

Circa mutua officia inter patronos et clientes cf. Tab. VIII, 21, penes Bruns, p. 33; Dion. II, 10; Serv. *ad Aen.* VI, 609. Num fuerit clienti testamenti factio quidam affirmant: cf. Voigt, *XII Taf.* II, 672, qui arguit ex Gai. III, 40; Liv. XXXIX, 9.

Clientela posterioribus saeculis haud amplius extabat: solummodo vestigium verbi retinebatur ad parasitorum classem designandam.

(c) Barbari nomine veniebat qui insolito idiomate utebatur (Cf. Cic. *Brut.* 74). Progressu temporis vox *barbarus* specialem suscepit significationem, ita ut omnes amplecteretur, qui auctoritatem nominis romani non agnoscebant, et cum quibus nullum foedus, nulla erat amicitia (Cf. Cuiac. *Observ.* XXVII, 33, ad l. 5, 2, XLIX, 15).

Immerito a quibusdam barbari cum peregrinis confunduntur: isti, quamvis non cives, in imperio romano continebantur.

(d) Animadvertimus ius civitatis facillime temporibus imperii concessum fuisse. Marcus Aurelius petentibus ipsum lar-

ning., 1821-2) — Synnerberg, *De clientelae sub Caesaribus ratione*, Helsingfors, 1855 — Voigt, *Ueber d. Clientel u. Libertinität*, Iena, 1878 — Melin, *Essai sur la clientèle rom.*, Nancy, 1889 — Cf. Ciccaglione op. cit. sup.

(4) Milhaud, *De l' application de la loi pérégrine à Rome*, Paris, 1892 — Cf. Baron, op. cit. n. 1 supr.

(5) Bynkershoëk, *Dissert. de cultu relig. peregrin. apud Romanos.*

(6) Liénard, *Le Préteur pérégrin*, Paris, 1893.

(7) Eisendecher, *Ensteh. u. Entwick. d. alt-röm. Bürgerrechts*, Gotha, 1829 — Delecaille, *Du droit de cité à Rome, divers moyens de l' acquérir*, Paris, 1893 — Binoche, *Acquisition du droit de cité rom.*, Paris, 1893 — Cf. Stoicesco, *Étude sur la naturalisation en droit rom.* etc., 1876.

(8) Cf. supra I, n. 3.

(9) Roth, *Ueber Sinn u. Gebrauch des Wortes* BARBAR, Nüremb., 1814 — Léotard, *Essai sur la condition des Barbares établis dans l'emp. rom. au IVe siècle*, Paris 1873.

iuxta diversam participationem iuris civitatis. Hoc ius erat veluti compositum ex pluribus aliis, sive ordinis publici, politici (ius suffragii, ius honorum), sive ordinis privati, civilis (ius connubii, ius commercii). In concessione iurium politicorum stricte procedebant romani, ne ad regimen publicum extranei admitterentur; potius concesserunt iura civilia; nec semper omnia. Hanc concessionem obtinuerunt populi *latini* (e), et dein illi qui ad similitudinem conditionis latinae introducti sunt per legem Iuniam Norbanam (10), (f) quique *latini iuniani* (11) appellati fuerunt (g).

giebatur (Aurel. Vict., *de Caesar.*, 16). Caracalla omnibus dedit (l. 17, I, 5; Spartian. *Hadrian.* 21 — Falso Iustinianus hanc concessionem in Nov. 78, C. 5, adscribit Antonino Pio).

Non quidem liberalitatis causa id fecisse putandum est, sed potius ut oneribus civitatis romanae, inter quae illud *vicesimae hereditatum*, omnes subiiceret. Impositionem praedictam idem Caracalla ad 10 0/0 produxit. (Dio. Cass. LXXVII, 9. Macrinus ad ius vetus, nempe ad 20 0/0 regressus est: cf. Coll. XVI. 9, 3; Dio. Cass. LXXVIII, 12. Tale tributum haud amplius invenitur aevo iustinianeo: l. 3 C. VI, 33).

Civitatis ius, stricte loquendo, non in publicis seu politicis iuribus continebatur, sed in privatis. Aerarius e. g. ius suffragii non habebat, quamvis esset civis. Et sic dicatur de municipibus.

(e) Populus latinus optimam sibi in republica romana conditionem comparavit. Latinis concessum erat ius commercii; num etiam ius connubii dubitatur (Qui affirmant, innituntur Liv. I. 26, 49; Gell. IV, 4).

Hoc tamen ius Latii non erat semper ita plenum: unde ius Latii *maius et minus* (Gai. l. c.). Puchta contendit quod ab initio neque ius commercii fuerit perfecte concessum; nimirum, quod fuerit concessum solummodo quoad actus inter vivos, non vero causa mortis, prouti serius contigit in latinis Iunianis (Gai. I, 22-4; III, 56; Ulp. XX, 8, 14; XXII, 3).

Quando leges Iulia et Plautia latinis civitatem concesserunt, tunc jus Latii conditionem in abstracto significavit, quae assignata fuit quibusdam, scilicet latinis Iunianis.

(f) Constans non est doctorum sententia circa legem Iuniam Norbanam praesertim comparate ad l. Aeliam Sentiam. Sunt qui contendunt legem Iuniam antecessisse l. Sentiam: alii e converso.

Item magna controversia circa annum quo l. Iunia prodiit, ita ut pene insolubilis declarata sit.

(g) Inter modos, quibus Latinus Iunianus ad civitatem romanam perveniebant, recensebantur *iteratio*, *militia*, *navis*, *aedificium*, *pistrinum*. Iamvero circa singulos haec specialia adiicenda sunt.

Iteratio — Disputatur num iteratio a domino plenum ius quiritium habente fieri deberet, vel potius — cum de latino ageretur qui talis effectus esset per manumissionem a domino bonitario — ab illo qui nudum ius quiritium haberet.

Militia — Vigiles instituti sunt ab Augusto divisique in septem cohortes, quarum singula duas regiones ex quatuordecim invigilabat (Dio. Cass. LII, 24; LV, 26; Svet. *Aug.*, 30). Vigilum creatio adscribenda est incendiorum frequentiae, quibus funestabatur Urbs (Svet. *Aug.*, 29; Frontin. *de aqued.* 18).

Navis — Prioribus imperii temporibus ob annonae carentiam saepe magna seditione Roma exagitata est (Tac. XII,

(10) Romanet du Calliaud, *De la date de la loi Iunia Norbana*, Paris, 1882 — Schneider, *Die lex Iunia Norbana*, 1884 — Cantarelli, *La data della legge Iunia Norbana* (in *Arch. Giur.* XXXIV).

(11) Vangerow, *Ueber die Latini Iuniani*, Marb. 1833 (Opus omnium princeps) — Cantarelli, *I Latini Iuniani* (in *Arch. Giur.*, XXIX, 3; XXX, 41; XXXIV, 38, ubi invenitur amplissima recensio auctorum, qui hac de re tractarunt) — Cf. Lemonnier, *Étude hist. sur la condition privée des affranchis aux trois premier sièel. de l' empr. rom.*, Paris, 1887.

Cives, (12) latini, peregrini: en gradus civitatis romanae (h). Supra non erat alter, nec infra; nisi excipiantur *latini dediticii* (13), qui, infima classis hominum, in deteriori conditione ob poenam versabantur (i, l).

43). Claudius hunc civitatis adipiscendae modum invexit, ut faveret cibariis invehendis (Tac. l. c.; Svet. *Claud.* 18).

Aedificium — Hic modus perveniendi ad ius civitatis probabilius Neroni adscribitur, cuius aetate Roma fere in universum vastata fuit (Tac. XV, 38 seq.; Svet. *Nero,* 38).

Pistrinum — Olim pistrinum exercebant servi simul cum feminis (Plin. *H. N.* XVIII, 28. Cf. Plaut. *Bacchid.* IV, 6, 736; Terent. *Phorm.* II, 1, 19). Saeculo VI coeperunt liberi homines, praesertim libertini, pistrinum exercere (Svet. *Oct.* 4; *Vitell.* 2 — Circa Collegium Pistorum cf. Frag. Vat. 233; l. 46, XXVII, 1).

Latinus Iunianus fruebatur iure commercii, sed solummodo quoad actus inter vivos: filius plenum ius Latii consequebatur (Gai. I, 22 seq.; III, 56; Ulp. XX, 14; XXII, 3; par. 3 i. III, 7; l. un. pr. C. VII, 6. Consule Tac. XIII, 27). Nota sunt verba Salviani (*ad Eccles.* III, 33, 34), quibus conditionem Latini Iuniani significabat: « *iugum latinae libertatis — latinae libertatis vinculum* » (Cf. l. un. pr. C. cit. VII, 6).

Iustinianus pluribus editis constitutionibus hanc conditionem abolevit, et latinis dedit civitatem et ingenuitatem (Tit. V, VI, XXV C. VII; l. 2 C. VII, 15; Nov. 78).

(h) Quam magni ab initio aestimaretur romana civitas, passim veteres scriptores testantur: «... illa vox et imploratio *civis romanus sum*, quae saepe multis, in ultimis terris, opem inter barbaros et salutem tulit... » (Cic. *in Verr.*, V, 57) — « O ius eximium nostrae civitatis » (Cic. ib., 63. Cf. quoque *pro Caec.*, 25; *de rep.* II, 31; Svet. *Oct.*, 27 et alibi passim; Tac. XV, 57 seq.; Dio. XL, 15; Plin. *H. N.*, VII, 44; Gell. X, 3).

Quam in profundum dein ceciderit romani nominis existimatio scriptores aevi posterioris, christiani praesertim, declarunt saepissime (Cf. Salvian., *De Gubernat. Dei*, V, 22, 37; VI, 98, 99).

(i) Quaeritur quaenam fuerit condicio dediticiorum, quos *pessimos* vocat Gaius (III, 75), quique ob infamiam anteactae vitae prohibebantur ad civitatem romanam pervenire (Cf. Gai. I, 23, 25; par. 3 i. I, 25). Haec quaestio ab alia pendet, in quanam scilicet condicione peregrini dediticii apud romanos versarentur (Gai. I, 14). Admittitur vero quod romani se gesserint erga populos, qui susceptis quondam armis adversus rempublicam victos se dedissent, diversimode et praecise quadruplici modo; nempe vel in servitutem redigebant, vel statum clientelae ipsis accomodabant, vel relinquebant simpliciter libertatem, vel denique etiam ius civitatis largiebantur. — (Neque deest exemplum quod erga eumdem populum diverso modo se gesserint: Liv. I, 28, 7). Nulli ex hisce modis manumissi dediticii suam condictionem adepti sunt.

Manumissi dediticii tamquam ἀπόλιδες seu sine aliqua civitate considerabantur in similitudinem perduellium qui in exilium eiiciebantur (Cf. Gai. I, 27; Isid. *Orig.* IX, 4, 52), nulloque fruebantur iure, ut secundum saltem suae civitatis legislationem agere et defendi possent (Ulp. XX, 15). Eis erat status quodammodo negativus, et solummodo considerabantur veri liberti relate ad eorumdem bonorum successionem (Gai. III, 74 seq.)

Filius praedictorum dediticiorum adipiscebatur qualitatem peregrini ordinarii, et poterat sibi locum residentiae eligere modisque statutis a lege ad ius civitatis pervenire.

(Quoad deditionem bellicam cf. Polib. 36, 4, 2; Liv. 1, 38).

(l) Aerarii classem quamdam specialem Romae constituebant, et erant cives sine suffragio, qui tributo speciali subiiciebantur. Censores (uti nos docet Pseudo Asconius *in divin.*, 8, penes Bruns, p.

(12) Circa classem specialem civium aerariorum: Pardon, *De Aerariis*, Berlin, 1853.

(13) Segré, *La deditio e i dediticii Aeliani* (in *Boll. Ist. dir. rom.*, III).

IV.

Priscis reipublicae temporibus, praeter iura quae communia erant cuique civi romano, alia pecularia erant quibusdam civium coetibus, qui inter sese vinculo strictiori iungebantur. Ad perfectionem *capitis* requirebatur ut civis romanus uni ex hisce coetibus adhaereret.

Revera, constitutio veteris familiae romanae (a), quae politica erat, causam praestabat pluribus iuribus, quae ad gentem se referebant. *Gens* (1) erat plurimarum familiarum complexus (b), quae per com-

72) prorsus cives sic notabant in suis tabulis ut qui senator esset, eiiceretur senatu: qui eques Romanus, equum publicum perderet: qui plebeius in Caeritum tabulas referretur et aerarius fieret, ac per hoc non esset in albo centuriae suae, sed ad hoc non esset civis; tantummodo ut pro capite suo tributi nomine aera praeberet ». (Cf. Mommsen, *Staats.* 2[3], 392, 404).

Ex dictis apparet fuisse cives qui a comitiis excludebantur. (Cf. Liv. XXIV, 18; 43; Cic. *pro Cluent.* 15). Album horum civium deponebatur penes aerarium (Liv. XXIX, 37).

Quaeri potest undenam verba *Caeritum tabulae* ortum habuerint. Quidam explicant ex eo, quod cum Caeritis permissum fuerit ut agrum romanum incolerent, eadem iisdem conditio facta sit (Liv. V, 50; VII, 20), descriptique in tabulis specialibus. Quando vero Caerites plenam obtinuerunt civitatem, remansit appellatio ad eos denotandos, qui sine suffragio in classem tributariorum coniicerentur.

(a) Familiae nomen varias significationes habebat (l. 195, L, 16). Iam ab initio ad bona patrimonialia applicabatur; exinde illud XII Tab. « agnatus proximus familiam habeto » (Tab. V, 4, 5 penes Bruns, p. 23. In hoc sensu mos erat, ut verbo *familia* aliud *pecunia* coniungeretur: *familia pecuniaque* ap. Gai. II, 104); actio familiae herciscundae (D. X, 2; C. III, 36, 38).

Quatenus personas significabat, olim etiam servos respiciebat (Liv. III, 55; Fest. *Sacratae leges*). Sed strictu sensu familiae nomine veniebant personae sub patria potestate; quare uxor quae non fuisset in manu mariti, ad hanc familiam mariti non pertinebat.

Sub duplici adspectu nobis apparet familia romana, morali et iuridico. Sub primo, familia nobis exhibetur uti sanctuarium pietatis et amoris (praeter pene numero infinitas veterum scriptorum attestationes cf. hac in re l. 28, 2, XXIV, 1; l. 22, 7, XXIV, 3; l. 1, XXV, 2; l. 1, 15, XXIX, 5, necnon definitiones in par. 1 i. I, 9; l. 1, XXIII, 2; l. 4 C. IX, 32), Sub altero adspectu dicit potius potestatem domini, severitatem iudicis, rigiditatem censoris, imperium regis.

Quare en sensus verbi *familia:*

1. Complexus personarum et bonorum sub uno patref.: l. 195, L, 16.
2. Complexus personarum sub uno patref.: l. 25, 2, XXI, 1; l. 40, 2, L, 16; l. 5 C. VI, 38.
3. Complexus bonorum unius patrisf.: l. 195, L, 16; l. 5 C. VI, 38; Gai. II, 102; Ulp. XX, 3, 9.
4. Complexus servorum unius domini: Paul. V, 6, 3; l. 25, 2, XXI, 1; l. 1, 5, XXXIX, 4; l. 1, 16 seq. XLIII, 16; l. 195, L, 16. Cf. l. 40, 3; L, 16.
5. Complexus agnatorum: l. 195, L, 16.
6. Complexus cognatorum: l. 69, 4, XXXI.

(b) Gentes fuisse personarum divisiones iuxta vinculum politicum plures as-

(1) De Ruggero, *La* GENS *in Roma avanti la formazione del Comune*, Napoli, 1872 — Casati, *La* GENS. *Origine étrusque de la gens rom.*, Paris, 1887 — Casagrande, *Le* MINORES GENTES *ed i* PATRES MINORUM GENTIUM, Palermo, 1892 — De Marchi, *Il culto gentilizio di Roma antica* (in *Rendic. dell' istit. di scienze e lettere*, Mediolani, XXX, S. 2, 1897).

munem masculum stipitem, nimirum per agnationem, habebant inter se mutuas relationes iuridicas: tot familiae agnationem constituebant, et tot agnationes gentem (c). Civis romanus ex eo quod ad gentem pertineret, diversa iura exercere poterat: imo olim ipsis solis patriciis, (d) utpote gentes habentibus, status regimen erat concreditum, plebeiis (e) a suffragio in comitio curiato remotis, nec non illis quibus noviter ius civitatis concedebatur. Huiusmodi elementum familiae efficaciam pu-

serunt cum Niebuhr: alii cum Karlowa dicunt fuisse divisiones iuxta vinculum sanguinis. Ad primam sententiam confert definitio Ciceronis (*top.*, 6); ad alteram definitiones Festi (*Gentilis*) et Isidori (*Orig.* IX, 2, 1. Cf. l. 195, 4, L, 16; Cic. *in Calp.*, 23; *de orat.* I, 39; Sigon. *ad Liv.* IV, 1).

In sententia secunda gentiles erant ipsi agnati, vel ultra sextum gradum (quia deinceps propinquitas amittebat nomina specialia: Paul. IV, 11, 7), vel generatim ultra gradum quo propinquitas probari potuisset (ita sentit Savigny).

Quidquid sit, admittendum videtur quod gentilitatis elementum fuerit generatio: nam hoc modo possunt explicari quae circa gentiles ad nos pervenerunt. Gentilibus erat ius successionis (Cf. Gai. III, 17; Paul. IV. 8, 3; Coll. XVI, 3, 3; Isid. *Orig.* l. c.) — ius proinde tutelae (Cf. Gai. l. c.; Ulp. XI, 3; XII, 2; Cic. *de inven.* II, 50) — nomen commune (Varr. *de l. l.*, VIII, 4) — sepulcrum commune (Cic. *de leg.* II, 22, 55) — sacella, arae, sacra propria, feriae, consuetudines peculiares (Cic. *de leg.* II, 22; *de off.* I, 17; Liv. LII, 4; Dio. XI, 14; Macr. *Sat.* I, 16; Plin. *H. N.* VII, 54; XIX, 1, 2; XXXIII, 1, 6; Svet. *Calig.* 35; *Tib.* 1; Fest. *Sacra privata*) — propria decreta (Liv. VI, 20; Plut. *Cam.*, 36; Gell. XVII, 21; Tac. II, 32; Svet. *Tib.*, 1; Fest. *Manliae*).

Insuper gentiles caput habebant seu magistrum gentis (Svet. *Tib.*, 4; Dio. IX, 5), et mutuo sese adiuvare debebant (Liv. III, 13; V, 32; App. *Annib.*, 28).

Ius gentilicium adquirebatur tum nativitate seu origine ex communi stipite masculo: tum privilegio aut adoptione (Cic. *Phil.*, X, 11; *ad Att.*, II; *divin.* VII, 21; Liv. I, 30; II, 16; IV, 4; X, 8; Svet. *Tib.*, 1; Dio. III, 29, 31, 41, 48; IV, 3, 57). Amittebatur tum capitis deminutione (Cic. *top.*, 6; *de orat.* I, 40); tum discessu a gente sive voluntario per sacrorum detestationem, sive necessario per legem curiatam (Cic., *de orat.* I, 42; Gell. VI, 12; XV, 27).

(c) Agnati et cognati nomine *necessariorum* generatim veniebant.

(d) Olim *patricii* erant filii *patrum*; *patres* vero ipsi patresfamilias. Unde illud Livii (I, 8): « patres certe ab honore, patriciique progenies eorum appellati ».

Obtentis a plebeis iuribus civilibus nomen *patriciorum* utrisque commune evasit, reservato nomine *patrum* solis senatoribus.

Post saec. III patriciatus munus novam naturam induit, neque amplius haereditarium, sed personale factum est.

(e) Undenam ortum plebs habuerit, implexa quaestio. Ihne (in *Forsch. auf d. Gebiete d. röm. Verfass.*) docet plebeios a clientibus descendisse; sed eius sententia communiter reiicitur cum Niebuhr, Schwegler, Lange, Karlowa etc. Alii cum Maynz plebem conflatam fuisse ex populis victis contendunt, quibus libertas relicta est (Arg. ex Liv. I, 33; Cic. *de rep.* II, 18).

Pariter agitatur quaestio de gentibus plebeiorum. Certum est plebeios proprias habuisse gentes (Cic. *pro domo*, 44; *in Pison.*, 23, 53; *de leg.* II, 22, 55; Svet. *Ner.*, 50). At dubium grave num habuerint ab antiquo. Qui affirmant, animadvertunt quod in definitione gentilium a Cic. probata non invenitur patriciatus uti elementum constituens; imo XII Tab., quum de gentilibus loquuntur, generatim se exprimunt. Qui autem negant argumento innituntur belli diuturni inter ipsos et patricios; quod utique impossibile fuisset, si in comitiis curiatis suffragia ferre potuissent. Numero enim superabant patricios; multoque magis praevaluissent, quia reges ipsimet plebi favebant (Cic. *de rep.* II, 18; Liv. I, 46; Virg. *Aen.*, VI, 816. Cf. Hoffmann, *Patricische u. plebeische Curien im röm. Staatsrecht.* Wien. 1869).

Notum est quod XII Tab. denegarunt plebeiis ius connubii cum patriciis (Cic. *de rep.*, II, 37; Liv., IV, 4; Dio X, 60).

blicam peculiarem amisit tractu temporis, quando gentiles disparuerunt, et retinuit quamdam efficaciam privatam, praesertim quoad agnationem.

V.

Caput seu capacitas iuridica dupliciter immutationem admittebat: vel substantialiter sive, uti philosophi loquuntur, entitative, vel non substantialiter.

Si triplex illud elementum capitis, de quo locuti sumus, integre perseverasset, sed solummodo exercitium mutatum aut coarctatum fuisset, evidens est quod defectus non erat quoad substantiam. In abstracto quicumque civis romanus ingenuus omnia exercere iura valebat; in concreto autem adiuncta specialia exurgebant, in quibus ille in suo exercitio vel modum vel limitem persentire poterat. Talia adiuncta principaliora erant aetas, sexus, vinculum naturale sanguinis aut legale, valetudo, domicilium, existimatio, professio, religio.

Aetas (1) interdum necessario, interdum utilitate aut pietate suadente, exercitio iurium obstabat. Pariter *sexus* (2), quia feminae quibusdam oneribus et honoribus minus aptae censebantur (a); *valetu-*

(a) Curnam feminae in jure publico a Romanis non admitterentur non est tam facilis responsio. Gaius tamquam spernendam causam traducit quae communiter a ICC. dabatur, nempe propter *infirmitatem sexus vel rerum forensium ignorantiam*. Neque certe admittenda videtur sententia quorumdam, quatenus a publicis muneribus femina fuerit remota ad cautelam, tamquam periculosa reipublicae (Accarias, *Précis de droit rom.* I, 163).

Melior est sententia illorum, quae multiplicem causam invenit in remotione huiusmodi. Infirmitas phisica sexus considerata est: quare in exercitum non ibant, neque rempublicam dirigere haud valebant. Praeterea pudor naturalis eas arcebat pluribus in casibus (l. 12, 2, V, 1). Neque praetereunda — et quidquid in contrarium opponatur, tamen denegari non potest — levitas animi, ob quam publica accusatio erat feminae interdicta (l. 1, XLVIII, 2) — necnon testimonium in testamento (l. 20, 6, XXVIII, 1. Non autem in actibus privatis: ll. 20, 6 cit.; l. 18, XXII, 5).

In jure privato:

Qui feminarum aequalitatem quoad conditionem juridicam cum masculis in

(1) Pardessus, *Mémoire sur les differents rapports sous lequels l'âge etait consideré dans la legisl. rom.*, Paris, 1838 — Moutier, *Hist. de la protection de l' enfance à Rome*, Paris, 1884 — Cf. Marro, *La pubertà studiata nell' uomo e nella donna in rapporto all' antropologia, alla psichiatria, alla pedagogia ed alla sociologia,* Torino.

(2) Dor-Seiffen, *Ius foeminarum apud Rom*, Traiect. ad Rhen., 1818 — Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, Paris, 1843. — Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, Paris, 1867 (2.ª ed. 1885) — Bridel, *La femme et le droit*, Paris, 1884 — Moscatelli, *La condizione della donna nelle società primitive e nell' antico dir. rom.* Bologna 1886 (*Riv. pen. di dottr. legisl. giurisp.* 1888). — Emina, *La donna in Roma antica,* Padova, 1890 — Cf. Gabba, *Condizione giurid. delle donne* — Moscatelli, *I SCC. Orfiziano e Tertull.* ecc. (in *Arch. Giurid.* XL) — Rossi, *Le garanzie delle donne* ecc. (ibi, LII).

do, (3) quae impotentiam saepe afferebat tum directe corpori (b), tum animo, tum utrique; *existimatio* (4), quae in republica bene constituta magni habetur, et revera in republica romana magni habebatur, praesertim per officium censorum (5), qui *infames* (6) notabant in societate (c); *professio*, quae strictissimam connexionem habet cum existi-

doctrina romana adesse contendunt, imprimis in argumentum superius allatum impingunt, nempe in remotionem a jure publico. Sed neque proficiunt in jure privato. Utique ut hoc probent magna eruditionis copia utuntur et latinos literarios auctores referunt: at responsum fuit non ex literariis, sed ex juris interpretibus scriptoribus criterium romanorum desumendum esse hac in re. Si consideretur l. 195, 2, L, 16, in qua familiae romanae structura describitur, clare patet unicum esse in ea caput, virum nempe patremfamiliam: femina, licet coniux, in conditione inferiori adest. Extra familiam femina multis limitibus coarctabatur in exercitio suorum jurium erga alteros. Neque disponere poterat antiquibus de bonis suis, licet acriter disputetur in genere de capacitate testandi, seu de testamenti factione activa. Nam testamentum antiquitus fiebat in *calatis comitiis*, a quibus femina excludebatur; vel *in procinctu* tempore belli. Dein accessit utique tertium testamenti genus pene civile, nempe per aes et libram; at tutela, sub qua mulier perpetuo erat, impediebat quominus libere et sine auctoritate tutorum testaretur. Tantummodo quando auctoritas tutorum efficaciam practicam amisit quoad tutelam, feminae testari potuerunt. Quoad testamenti factionem passivam, saltem post L. Voconiam capacitas mulierum fuit limitata. — Tandem neque sub tutela filios suos habere olim poterant, quia et ipsae sub tutela: *educatio* filiorum utique eis committebatur.

(b) Usque ad aetatem Domitiani non fuit lex specialis adversus castrantes: hi solum tenebantur generatim de damno ex lege Aquilia. At castratio a Domitiano prohibita fuit (Svet. *Domit.* 7; Martial. VI, 2). Hadrianus l. Corneliam de sicariis comminatus est (Paul., V, 23, 13; ll. 3, 4; 4, 2; 5; 6, XLVIII, 8). Sequentes principes alias poenas introduxerunt (ll. 1; 2 C. IV, 42; Nov. 142.)

(c) Circa infamiam non una fuit ab interpretibus inducta divisio. Nostra divisio (cf. superius par. 18 et 19) ratione originis facta est; alia autem fieri potest ratione graduum et ab interpretibus passim proponitur.

Nam *infamia* poterat in maximo gradu considerari, et inducebatur a lege vel a praetore. Dein *ignominia*, quae a censore irrogabatur. Tertio *levis nota*, quae pariter a censore procedebat, sed modo leviori. Quarto *turpitudo* ex facto descendens.

Iam leges XII Tab. *improbos et intestabiles* quosdam cives declaraverant (Gell. XV, 13).

Ceterum, praeter citationes in parte prima allatas, cf. ll. 1, 1; 14; 15 pr.; 21 pr., XXII, 5; ll. 18, 1; 26, XXVIII, 1;

(3) Lambert, *Droit rom.: condition de l'aliéné*, Paris, 1889 — Audibert, *Des deux formes d' aliénation mentales reconnues par le droit rom.* (in *Nouvel. Rév. histor. de droit franç et étran.*, XIV, 1890) — Id. *Étud. sur l' hist. du droit rom. I. La folie et la prodigalité*, Paris, 1892 — Appleton, *Le fou et le prodigue en droit rom.*, Paris, 1893 — Bonvier. *La folie et la prodigalité en droit rom.* (in *Rév. crit. de legisl. et jurisp.*, XXII, 1893) — Massebiaux, *Étude sur la condition jurid. du prodigue et du faible d'esprit en droit rom.*, Paris, Rousseau, 1893 — Hardeland, *Die Behandlung der Geisteskranken im Privatrecht* (in *Ihering 's Iharb.* XXXVII, 2).

(4) Molitor, *De minuta existimatione*, Lovan., 1824 — Marezoll, *Ueber d. bürgerl. Ehre, ihre ganzliche Entziehung und Theilweise Schmälerung*, Giessen, 1824.

(5) Iarcke, *Darstellung des censorischen Strafrechts d. Röm.*, Bonn, 1824.

(6) Selchow, *Selecta capita doctrinae de infamia*, Gotting, 1870 — Burchardi, *De infamia ex disciplina Romanor.*, Kiel, 1819 — Domenget, *Étude sur le Sénat rom.*, 1874 — Legeay, *Droit rom.: de l' infamie*, Paris, 1893 — Homet, id. tit., Angers, 1893 — Greenidge, *Infamia its place in Roman public and private law*, Oxford, 1894. Cf. Savigny, *System*, II, 76 seq.

matione, et in qua sicut dignitas honoris augmentum affert (7), ita vilitas artis honori detrahit. Aliquando etiam quid, quamvis absolute non obstaret exercitio iurium, ipsum immutabat relative; nempe vinculum sanguinis seu *cognationis* (8), aut vinculum legis seu *agnationis* (9), aut vinculum mixtum seu *adfinitatis* (10) relate ad personas cum quibus coniunctio erat; item *domicilium* (11) relate ad quemdam locum; *religio* (12) relate ad quemdam cultum divinum, cuius ratio publica penes romanos agnoscebatur.

VI.

Si substantialis defectus in capacitate iuridica contigisset, nempe si unum ex tribus elementis superius recensitis haud existeret, iam dicebatur caput fuisse deminutum (1).

Certum est quod libertate deficiente, quae fundamentum duorum aliorum elementorum erat, omnia prorsus corruerent: caput, persona non amplius intelligebatur. Haec erat *maxima capitis deminutio*, quae in iis casibus oriebatur, in quibus libertas deficiebat (a).

Libertate manente, poterat deficere civitas. Iamvero cum familia romana non nisi apud civem romanum intelligeretur, patet quod in

ll. 2 pr.; 18, 7, XLIX, 14; l. 41 C. II, 4; l. un. C. IX, 57; Cic. *pro Caec.* 2, 3. De infamia optime, more suo, egit Savigny, *System.* II, par. 76, seqq.

(a) Savigny contendit quod praeter casum amissionis libertatis aderat etiam casus, in quo quis patiebatur maximam capitis deminutionem si de statu ingenuitatis deiiceretur ad statum libertinitatis. Iamvero iuxta Puchta id admitti nequit, quia maxima capitis deminutio iure romano tunc tantum consistit, cum adest libertatis amissio.

(7) Hoffa, *De ordine senatorio*, Marb., 1837 — Curtius, *Commentarii de Senatu romano post tempora reipub. liberae*, Halae, 1878 — Willelms, *Le sénat de la répub. rom.*, Louv., 1883 — Steinike, *De equitatu rom.*, Halle, 1864 — Belot, *Hist. des chevaliers rom.*, Paris, 1866.

(8) Deiders, *De civili cognatione et familiari nexu ex iure rom.*, Bonnae, 1825 — Klenze, *Das familienrecht d. Cognaten u. Affinen*, Berlin, 1828 (Idem: *Die Cognaten u. Affinen*, in *Savigny Zeitsch.* VI).

(9) Signorel, *Étude de droit rom. : l' agnation*, Toulouse, 1893.

(10) Klenze, op. c. in n. 8 sup. — Hörmann, *Quasi Affinität. Rechtshist. Untersuchungen über Affinitätswirkungen d. Verlöbn.*, Innsb., 1897.

(11) Cf. Smilari, *Trattato sul domicilio civile, residenza, dimora e domicilio elettivo*, Trani, 1886.

(12) Bourre, *Des inégalités de condit. résultant de la religion en droit rom.*, Paris, 1895 — Cf. Serullaz, *Essai sur la relig. rom. et sur les rapports de l' État rom. avec quelques relig. étrang.*, Lyon, 1890 — De Marchi, *Il culto privato di Roma antica*, Milano, 1896 — Cf. superius, IV.

(1) Goudy, *Capitis deminutio in Roman law* (in *The Iurid. Review*, IX, 1897) — De capitis deminutione in genere scripserunt etiam Adelcourt, Lugduni, 1715; Seckendorff, Colon. 1828; Simson, Regimont, 1835 — Circa historiam: Krüger, *Geschich. der capitis deminutio*, Breslau, 1888.

defectu alterius elementi et tertium evanescere debuisset. Homo utique liber dicebatur, sed in conditione peregrinorum, quibus scilicet nec civitas nec familia romana agnoscebantur. Hinc *media capitis deminutio,* quae in iis casibus oriebatur, in quibus civitas deficiebat (b).

Denique manentibus libertate et civitate, poterat deficere familia. Hoc in casu civis romanus, saltem in abstracto, retinebat utique iura illa quae generalia erant et ordinem sive politicum sive civilem spectassent, sed alia peculiaria amittebat quae per familiam in agnatione et in gente habuisset (c). Haec erat *minima capitis deminutio,* (d) quae in iis casibus oriebatur, in quibus deficiebat familia (2).

VII.

Ex superius expositis consequitur quod contrario modo tria elementa libertatis, civitatis, familiae ad caput constituendum vel dissolvendum concurrerent.

Nam ad capitis constitutionem primo requirebatur libertas, secundo loco civitas, tertio loco familia; ita ut nonnisi in hoc tertio gradu totalis capitis constitutio contingeret.

(b) Discrimen inter relegationem et deportationem vide in fragmento Modestini penes Huschke, *Iurisp. Anteiust.* ed. 4a p. 626. Cf. ll. 4; 14, 1, XLVIII, 22; Isid. *Orig.* V, 27, 29 penes Bruns, p. 86.

(c) Olim afferebat veram deminutionem iuridicam, seu status mutationem, quia familia erat elementum essentiale ut quis plenitudinem iuris haberet. Id obtinebat cum jus gentilicium vigebat; tunc enim qui familiam mutasset, insimul deminuebatur in capacitate iuridica, qui amittebat gentem, ad quam familia spectabat, quae gens iurium politicorum fundamentum constituebat.

At quando gens evanuit, mutatio simplex familiae non potuit amplius afferre per se deminutionem iurídicam, quamvis retenta sint verba: *capitis* seu status *deminutio* (Ita Puchta in suis institutionibus in parag. de familia).

Quandocumque quis potestati patriae se sine mancipatione subtrahebat, non habebatur ulla capitis deminutio (Gai. I, 130; III, 114; Ulp. X, 5. Cf. l. 3, 1, IV, 5; Gell. I, 12; Tac. *Ann.* IV, 16).

(d) An vox anterior fuerit *deminutio* vel *diminutio* disputatur (Cf. Krüger, *Geschich. der Cap. Demin.;* Voigt, *XII Taf.*, II, 7). Pariter disputatur circa evolutionem historicam; nam sunt qui contendunt praecessisse *capitis deminutionem minimam,* deindeque *magnam* exortam esse, quae bifariam divisa est: *maxima* et *media* (Cf. Pernice, *Labeo,* I, 173).

Minima capitis deminutio locum habebat in adoptione, adrogatione, mancipatione, emancipatione, conventione mulieris in manum. Minima capitis deminutio secum ferebat amissionem propriae familiae per mancipationem; si mancipatio defecisset, amissio familiae sine capitis deminutione contingebat (Gai. I, 130, 145; III, 114; Ulp. X, 5; Gell. I, 12; Tac. *Ann.* IV, 16).

Non omnes tandem conveniunt in praecisa significatione verborum *capite minutus* (Cf. Diction. Daremberg et Saglio, v. *Caput*).

---

(2) Auctores suis locis citabimus infra pro singulo casu capitis dem. sive maximae, sive mediae, sive minimae. Hic solum sufficiant: Santangelo, *Aquae et ignis interdictio,* Milano, 1891 — Holtzendorff, *Deportationsstrafe im röm. Strafpocesse,* Halle, 1881 — Gmelin, *De capit. minut. minima,* Tubingen, 1807 — Audibert, *L'adrogation et la capitis deminutio* (in *Nouvel. Révue histor.*, XVII).

E contra ad capitis dissolutionem primo sufficiebat defectus familiae, secundo loco defectus civitatis, tertio loco defectus libertatis: ita ut nonnisi in hoc tertio gradu totalis capitis deminutio haberetur.

PERSONA MORALIS.

VIII.

Facta humana, quibus iura adscribuntur, quaeque propterea in hoc sensu iuridica appellantur, ab homine singulariter sumpto, nimirum ab individuo procedere debent. Attamen, ipsa natura suadente, legislatio romana, praeter personam phisicam, aliam agnovit (1) (a).

(a) Multa in controversia sunt circa personam iuridicam, e. g. circa naturam et circa numerum personarum iuridicarum. Maxima autem quaestio vertitur circa subiectum.

Olim subiectum personae iuridicae inveniebatur in universitate personarum. At, uti patet, quaestio insoluta permanebat quoad universitates bonorum. Quare Savigny recognovit necessitatem personae cuiusdam fictitiae, quam definivit: *subiectum iurium fictitie creatum.* Duo requiruntur iuxta Savigny ut persona iuridica existat, nempe ut aliquid habeatur tamquam fundamentum illius (*universitas personarum vel bonorum),* et ut super hoc fundamento legislator construat subiectum iuridicum fictitium. Savigny secuti sunt multi maximae notae scriptores.

Sed adversus hanc doctrinam insurrexit Brinz, qui animadvertit distinctionem inter personas phisicas et fictitias esse pariter fictionem; non enim iure romano ullibi invenitur. Ceterum quod iura competere possint enti, quod non existit, satis absurdum est. Neque necessitas subiecti iuridici proponatur, quia iura, ut vim suam exerant, non requirunt essentialiter ut *ad aliquem,* sed potius ut *ad aliquid* spectent. Pariter quod iura sine subiecto consistere possint, patet ex distinctione rerum in res *nullius, divini iuris, extra commercium.* Reiecit ergo alterum requisitum in doctrina Savigny, ipsumque secuti sunt hodieque sequuntur communiter doctores.

Quomodocumque solvenda sit haec quaestio, quae adhuc in disputatione perseverat, quaeque fortasse aliquando tandem ad quaestionem de lana caprina reduci potest, nos cum Windscheid sentimus saltem vocabulum *persona iuridica* retinendum esse, quia in communi hominum sensu valde laboriosum est iura sine eorum subiecto intelligere.

Hic tandem obiter adnotamus quod in sententia Brinz non adest dein concors scriptorum animus quando quaerunt quid sit hoc *aliquid* ad quod iura destinantur. Nam quidam ipsum collocant in fine, ad quem tendunt universitates: alii in unione ipsa sociorum vel bonorum.

(1) Pfeifer, *Die Lehre von den jurist. Personen,* Tübing.. 1847 — Salkowski, *Lehre v. d. jurist. Personen,* Leipz, 1863 — Heisser, *Études sur les personnes morales en droit rom., dans l' ancient droit* etc. Paris, 1871 — Zitelmann, *Begriff u. Wesen der jurist. Personen,* Leipz, 1873 — Bolze, *Begriff d. jurist. Person,* Stuttg., 1879 — Fisichella, *Sulla realtà della persona giurid.,* Catania, 1885 — Vauthier, *Étude sur les personnes morales dans le droit rom.,* Bruxelles, 1887, — Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche,* Firenze, 1889 (Opus optimum, in quo amplissima adest auctorum recensio) — Bonelli, *Di una nuova teorica della personalità giurid.* (in *Riv. Ital. delle scienze giurid.,* 1890) — Kriwzow, *Beiträge zur Lehre von den jurist. Personen nach röm., Recht,* Berlin, 1894 — Goudy, *De la personalité jurid.,* Paris, 1895 — Forlani, *Delle persone giuridiche* (in *Arch. Giurid.* VII) — Bellavite, *Delle persone giurid. volontarie secondo il dir. rom. dei tempi classici* (in *Atti R. Istit. Veneto di scienze, lettere ed arti,* VI). Quoad historiam: Dirksen, *Histor. Bemerkungen über den züstand der jurist. Personen nach röm., Rech.* (in *Zivilist. Abhandl.* II), Berlin, 1820.

Revera homines naturaliter in societates coëunt (b), quarum prima — quae etiam necessaria dici potest — est Status. Tunc homo sub duplici respectu consideratur: uti persona phisica singularis, vel uti socius. In altero casu iura mutuantur a societate, quae a romanis tamquam persona considerata fuit, et cui peculiare nomen tributum est ad distinctionem personae phisicae.

In societate (c) subiectum verum deficit: sed subiectum est fictitium. Homines constituunt veluti obiecta corporis moralis, quod per se agere non potest, et cui proinde adiicitur procurator qui ipsum repraesentet (2). Interdum etiam huiusmodi corpus non constat ex pluribus hominibus, sed ex pluribus rebus, quae cum inter se non coniungantur per aliquam personam phisicam, ad quam spectent,

(b) Duplex classis universitatum hominum; aliae necessariae, aliae voluntariae (Cf. superius par. 28, n. 1). De priori classe non est cur dicamus: historia est generis humani. Quoad alteram vero multae vicissitudines inveniuntur in historia populi romani. Nonnunquam enim huiusmodi universitates reipublicae insidiatae sunt, et toties abolitae toties caput erexerunt. Hoc contigit iis praesertim corporibus, quae specie quadam tegebantur sive in favorem scientiae sive oblectamenti causa. Maior ipsorum pars iam exeunte saec. VII dissipata fuit (Cic. *ad Quint. frat.*, II, 3, 6 ; *in Pison.*, 4, 9; Festus , *Sodalis* ; Ascon., *in Pison.*, 8, penes Bruns, p. 69). Cum per quamdam legem Clodiam (Ascon. l. c.) reviviscere pertentaverint, iterum Caesar et Augustus prohibuerunt (Cic. *in Pison*, 4; *pro Sext.* 15 seq.; Svet. *Caesar*, 12; *Aug.*, 32). Lex Iulia decrevit ne collegium fieret sine Senatus aut Principis placito (cf. l. 1 pr., III, 4; ll. 1-3, XLVII, 22; l. 1, 1, XVIII, 4), quibusdam exceptis, religiosis scilicet et tenuiorum (ll. 1; 3, 2, XLVII, 22). Sub imperio christiano maximus favor extitit pro universitatibus opificum (C. XI, 14, 17; C. Th. XII, 19; XIV, 2, 7; Nov. Valent. XXXIV, 3; Nov. Severi, II; Nov. Maior. VII, 3, 5, 7).

(c) Quaesitum fuit in quonam persona iuridica differat a societate privata. Alii discrimen invenerunt in fine, quem perpetuum habet illa, haec autem temporaneum. Quod admittendum non videtur, quia persona iuridica potest habere finem temporaneum — Alii in hoc quod in societate privata nemo tenetur iudicium suum sociorum iudicio adiicere, dum tenetur in societate publica seu persona iuridica. Sed, praeterquam quod haec differentia solummodo attendi posset quoad corpora seu collegia, non vero quoad fundationes, huic sententiae obiicitur quod contrarium prorsus accidere posset, quia id pendet a peculiaribus statutis quibus communitates reguntur. Communis sententia ita distinguit publicam a privata societate in hoc, quod in privata unusquisque suam personalitatem servat; in publica e contra singuli cedunt cuidam peculiari personae fictitiae, vel singulorum iura cedunt cuidam peculiari iuri communi, quod unice spectatur. Haec est ratio cur societas privata pendet a singulorum voluntate ut suam existentiam producat; e contrario societas publica vitam agit indipendenter a sociis.

(2) Eineccio, *De collegiis et corporibus opificum* — Mommsen, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, Kiliae, 1843 — Gaudenzi, *Sui Collegi degli Artigiani in Roma*, 1884 — Du Seigneur, *Des corporations à Rome*, Paris, 1886 — Trouette, *Droit rom.: les colléges d' artisans à Rome*, Montpellier, 1893 — Buretel de Chassey, *Des associations religieuses dans le bas Empire*, Paris, 1894 — Kniep. *Societas publicanorum*, Iena, 1896 — Quoad historiam praesertim: Cohn, *Zum röm. Vereinsrecht Abhandl. aus d. Rechtsgesch.*, Berlin, 1873 — Leist, *Geschich. d. röm. Societas*, Iena, 1881 — Masson, *Les corporations. Étude historiq. et jurid.*, Paris, 1889 — Waltzing, *Étude histor. sur les corporations rom.*, Louvain, 1896 — Cf. Niebuhr, *Röm. Gesch.* III.

necessario requirunt subiectum fictitium, et procuratorem qui ipsum in agendo repraesentet (3).

Hinc personae iuridicae, earumque divisio in *societates* et in *opera pia* (4).

DE IURE FAMILIAE

NUPTIAE.

IX.

Ex societate coniugali oritur familia (1). Familia romana suam naturam ita propriam habebat (2), ut in hac parte legislatio romana prae aliis coeteris ab omnibus legislationibus distinguatur. Fundamentum familiae (3), si ius naturae inspicimus, duplex est: masculus et femina. In iure autem romano fundamentum potius iuridice conside-

---

(3) Gunther, *De sumptibus romanis in cultum deorum factis,* Berlin, 1853 — Desjardins, *Disput. histor. de tabulis alimentariis,* Paris, 1854 — Brugi, *Della prima forma che ebbero le pie fondazioni cristiane nel dir. rom.* (in *Atti del r. Istit. Veneto di scienze* 1897).

(4) Giorgi, *Dell' unità di concetto sostanziale della personalità giuridica. Diversità che distinguono le corporazioni dalle fondazioni* (in *Riv. Ital. per le scienze giuridiche,* 1889) — Ruffini, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi ed in Fed. Carlo di Savigny* (in *Studi giurid. dedicati e offerti a F. Schupfer,* Torino, 1898.)

(1) Circa evolutionem historicam familiae in genere: Maine, *L' ancient droit* (trad. franç.), 1874 — Idem, *Études sur l' histoire des instit. primitives* (trad. franç), 1880. — Idem, *Études sur l' ancient droit et la coûtume primitive* (trad. franç), 1884. — Lippert, *Die Gesch. d. familie,* Stuttg. 1884 — Leist, *Greco-italische Rechtsgesch.,* Iena, 1884 — Giraud Teulon, *Les origines de mariage et de la famille,* Genève, 1884 — Post, *Studien zur Entwickelungsgesch. des familienr.* , Oldenb. , 1890 — Hruza, *Gesch. d. griech. u. röm. familienrechts,* Leipz., 1892 — Dargun, *Studien zum ältesten familienr.,* Leipz., 1893 — Ihering, *Vorgeschichte der Indoeuropäer,* Leipz., 1894 (trad. franc: *Les Indo-Européens avant l' histoire,* trad. par O. de Meulenaere, Paris, 1895) — Mucke, *Horde u. familie in ihrer urgeschichtl. Entwickelung,* Strassbourg, 1895 — Gross, *Die formen der familie u. die formen der Wirtschaft,* Freib., 1896.

(2) Barinetti, *Il dir. di famiglia studiato alla fonte del dir. rom.*, Pavia, 1865 — Schupfer, *La famiglia secondo il dir. rom.,* Padova, 1876 — Lacombe, *La famille dans la société rom.,* Paris, 1888 — Ney, *Familienrecht u. Erbrecht,* Berlin, 1888 — Rivier, *Précis du droit de famille rom., contenant un choix de textes,* Paris, 1891 — Manfredini, *La famiglia presso i romani,* Torino, 1891 (Cf. *Digesto Ital.* n. 163) — Cf. Marquardt, *Das Privatleben d. Römer,* Leipz., 1879 — Niutta, *Saggio della storia dei diritti di famiglia,* Napoli, 1893, 2a ed.

(3) Quoad recentiorem doctrinam de matriarcatu: Bachofen, *Das Mutterrecht,* Stuttgart, 1861 — Friedrichs, *Ursprung d. Matriarcats* (in *Zeitschr. f. vergleich. Rechtwiss.,* VIII, 1888. Ibi quoque: Bernhöft, *Zur Gesch. d. europ. Familienr.*) — Kohler, *Ueber d. Mutterrecht* (in *Westermanns illustr. deut. Monatshefte,* 1888, Iuni).

rabatur, ideoque praevalebat masculus, qui rex, iudex, sacerdos, in domo erat: uno verbo *pater familias* romanus. Uxor, quae utique *mater familias* (a) appellabatur, conditionem ethicam obtinebat (4).

Masculus et femina non ad id inter se conveniunt, ut occasionaliter tantum generationi operam dent, quemadmodum accidit in brutis animantibus, sed ut primario vitae individuam consuetudinem profiteantur. Hinc est quod, licet absolute loquendo haud necessarium sit, apud omnes populos mos obtinuerit ut conventio praecederet de futuro matrimonio. Quod romani quoque observabant et sponsalia, olim solemniter, praemittebantur nuptiis (b).

Consequitur quod sponsalia admitterentur quoque eo tempore quo matrimonium fieri non potuisset: item quod facilius dissolutio contingeret prae dissolutione matrimonii; item quod ea quae absolute et in perpetuum matrimonio obstarent, inutilia redderent sponsalia. Sponsalitia ergo conventio pressius matrimonii conventionem fere in omnibus imitabatur, cuius imago fidelis erat.

X.

Apud romanos (1) duplex agnoscebatur matrimonium (a), matrimonium iuris civilis et matrimonium iuris gentium.

(a) Nomen *mater familias* generatim significabat uxorem. Speciatim vero videtur significasse uxorem, quae in manum mariti convenerat. Exinde verba Ciceronis: « Genus est uxor: eius duae formae: una matrum familias, eae sunt quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habentur » (*Top.* III, 14. Cf. tamen Non. Marcell. penes Bruns, *Scriptores*, p. 67. Item cf. l. 34, XXIV, 3).

Generatim vero *mater familias* significabat quoque feminam honestam (l. 1 pr., XXV, 7; l. 46, 1, L, 16).

(b) Circa existentiam *actionis de sponsu* adversus eum qui sine causa a sponsalibus recessisset, non una est opinio. Quidam affirmant, et citant Varr. *de l. l.*, VI, 70 penes Bruns p. 59. Alii negant id posse ex cit. loco Varroni argumentum depromi. Alii media via incedunt, et dicunt quod per sponsionem olim contrahebantur revera sponsalia (l. 2, XXIII, 1), sed huic sponsioni omnem efficaciam denegant.

Praeter actionem ex sponsu in id quod intererat (Cf. Gell. IV, 4), dabatur etiam *censorium iudicium* (Cf. Walter, *Stor. del dir. di Roma,* 188, 189). Haec duo remedia in desuetudinem abierunt, quia principium invaluit prorsus contrarium, nimirum quod maxima esset libertas contrahendi necne matrimonia; ideoque abolitae fuerunt stipulationes quoque poenales (l. 134 pr., XLV, 1; l. 2 C. VIII, 39).

(a) Definitiones quae circa matrimonium traduntur in fontibus iuris (par. 1 i. IX, 1; l. 1, XXIII, 2) potius philosophicae quam iuridicae dicendae sunt. Revera respiciunt elementum naturale illius societatis, quae inter coniuges ex matrimonio exurgit (Cf. l. 4 C. IX, 32).

(4) Grupen, *Tractatus de uxore rom.*, Hanov., 1737.

(1) Circa vetus matrimonium: Gamurrini, *Il matrim. italico* (in *Bollett. istit. archeol. germ*, IV, 2).

Primum aderat inter eos qui iure civili romano fruebantur, seu inter eos qui ius connubii (2) habuissent (b); quare solummodo cives romani et illi, quibus ex privilegio illud ius concedebatur, poterant civiliter contrahere. Huiusmodi, cum secundum ius esset, appellabatur *matrimonium iustum* (3).

Alterum, quod non erat secundum ius civile romanum, appellabatur *matrimonium iniustum.*

Necessarius erat in utroqne consensus contrahentium (c), et in primo etiam requirebatur illorum consensus, in quorum potestate contrahentes existerent (d).

Conditioni matrimoniali sub aliquo respectu respondebat *concubinatus* (4), quando nempe masculus et femina insimul cohabitabant, quin intentionem coniugii veri inter se contrahendi praeseferrent (e).

(b) Connubium proprium erat civium romanorum (Ulp. v, 4; pr. i. I, 10), nec peregrini gaudebant hoc iure, nisi ex expressa concessione sive generali (Cf. Liv. I, 26, 49), sive speciali (Gai. I, 57. Cf. Tac. *Ann.*, XII, 53).

Inter cives et socios aliquando connubium erat (Liv. I, 49). Connubium facile confunditur cum matrimonio; idque etiam contingit in ipsis fontibus iuris (l. 6 C. Th. IV, 6; l. 7 C. Th. IV, 11; l. 2 C. Th. IX, 7; l. 6 C. Th. XII, 1).

(c) Generatim loquendo requirebatur consensus ad ineundum matrimonium. Attamen aderat casus, in quo ipse praesumebatur; nimirum si patronus, qui utique manumissam sibi nubere invitam non poterat cogere, ideo manumisisset, ut secum contraheret (ll. 28; 29, XXIII, 2).

(d) Regula vigebat quod nepoti uxorem ducenti non solum avus sed et pater eius consentire debebat (l. 16, 1, XXIII, 2). Obstat l. 3 ib. in qua consensus avi uti sufciens habetur. Quidam dicunt hic agi de casu, in quo nepotis pater haud amplius in potestate sit, vel quia defunctus, vel quia mancipatus. Alii e contra affirmant in l. 3 de exceptione agi, scilicet quod avus, patre inaudito, possit duobus nepotibus consobrinis consentire ut inter se contrahant.

(e) Concubinatus interdum nomen meruit *inaequalis coniugii.* (l. 3 C. V, 27; Nov. Th. XXX); at alii animadvertunt nullam prorsus cum matrimonio veram relationem, habuisse, quamvis imaginem eius in bene multis expresserit. Concubinatus speciatim frequentatus est a patrono cum liberta sua (l. 1, pr., XXV, 7). Sub imperio christiano coepit reprobari et accurate a matrimonio distingui. Vera abolitio non accidit, nisi serius et quidem in Oriente, non vero in Occidente.

Sed etiam antiquitus concubinatus non

(2) Gerlach, *De romanorum connubio*, Hal., 1851 — Todeschini, *Del dir. di connubio avuto riguardo all' antica plebe rom.*, Padova, 1855.

(3) Münter, *De matrim. rom.*, *in specie de confarreato*, Gottin., 1786 — Rossbach, *Untersuchungen über d. röm. Ehe*, Stuttg., 1853 (Opus facile princeps, in quo ampla scriptorum de re matrimoniali recensio: quae recensio pariter ampla habetur in alio egregio opere nostri Schupfer cit. sup. IX, n. 2. — Id. Rossbach, *Röm. Hochzeits-und-Ehedenkmäler*, Leipz., 1871) — Hölde, *Die röm., Ehe*, Zur., 1874 — Brini, *Matrim. e divorzio nel dir. rom.*, Bologna, 1889. — Bernhöft. *Ehe u. Concubinat in röm. Recht* (in *Zeitsch. f. vergleich. Rechtwiss.*) — Speciatim quoad tempus Augusti: Iörs, *Die Ehegesetze d. Augustus*, Marb., 1894 — Cf. Duchesne, *Du mariage examen comparatif*, 1844.

(4) Winekler, *De concubinatu*, Lips., 1744 — Thomasius, *De concubin.*, Iena, 1749 — Pilette, *Sur le concubin. chez les Rom.*, Paris, 1866 — Bert, *Du concubinage et de la condition des enfants issus de cette union*, Paris, 1888 — Le Denff, *Droit rom.: Du concubinatus*, Rennes, 1893 — Meyer, *Der röm. Concubin. nach d. Rechtsquellen u. d. Inschriften*, Leipz., 1895 — Cf. Bernhöft op. cit. sup.

Effectus iuridici proinde erant diversi, praesertim relate ad prolem, quae dum, in vero matrimonio legitima diceretur, in concubinatu dicebatur naturalis (5). Huc quoque revocari possunt quae specialiter de matrimonio (6) et concubinatu militum (7) iure romano constituta erant (f).

Denique coniunctioni servorum vix erat ut natura cuiusdam conventionis agnosceretur, qui servi cum libertatis exercitio carerent, a domino fere in omnibus dependebant. Coniunctio servorum vocabatur *contubernium* (8).

Ex matrimonio iura maximi ponderis oriebantur, quae tamen pactis nuptialibus aliquando immutari poterant. Iam memoravimus praecipuum illud ius circa legitimitatem prolis (9).

plene adprobabatur, sed potius tolerabatur (Plaut. *Epid.* II, 4, v. 455 seq.; *Poen. prol.* 102). Immo simplex commercium sine vi cum femina honesta punitioni obnoxium erat (par. 4, i. IV, 18).

Concubinatus a lege Iulia disciplinam accepit (Cf. l. 3, 1, XXV, 7; l. 34, pr., XLVIII, 5; l. 114, L, 16).

Cum non posset concubina sive cum alia multoque minus existere cum uxore, appellabatur in hoc casu potius *pellex* (Paul. Diac., ad h. v. Cf. superius, par. 31, n. 14).

(f) Quoad milites adhuc incertum est quid dicendum de potestate contrahendi matrimonia. Apud doctores parum haec quaestio agitatur, et potius relinquitur iis qui investigationibus antiquitatum incumbunt.

Praesertim quaestio exurgit quoad milites cives romanos; de peregrinis non dubitatur, quin uxores habere potuerint etiam aetate imperiali. Iamvero ut haec quaestio recte inquiratur, distinguendum videtur inter potestatem habendi uxores et uxores ducendi, necnon cum uxoribus cohabitandi.

Habere potuisse uxores aetate republicana docet Livius (XXI, 41, 42). An etiam aetate imperiali non liquet quoad duo priora saecula. Fortasse tunc, licet habere, non poterant cohabitare cum uxoribus, filiique nati contra hanc prohibitionem illegitimi erant. Dein vero poterant etiam ducere uxores et filios legitimos habere (Cf. Scialoia, *Il papiro giudiziario Cattaoni e il matrimonio dei soldati rom.* in *Bullett. Ist. dir. rom.*, VIII, 155 seq.). Limitatio solummodo respiciebat eos, qui in gradu aliquo militiae constituti erant, et quidem quoad feminas eiusdem provinciae in qua militabant.

---

(5) Gide, *De la condition de l' enfant naturel et de la concubine dans la législation rom.* — Pascal, *De la condition de l' enfant naturel en droit rom.*, Paris, 1889 — Cf. Bert, op. cit. sup.

(6) Mestre, *De connubiis militum romanorum* (in *Thesau. dissert. iurid. Oelrichs*, II, 1 n. 6). — Mispoulet, *Les mariages des soldats rom.* (in *Etudes d' instit. rom.*, Paris, 1887) — Scialoia, *Il papiro giudiziario Cattaoni e il matrim. dei soldati rom.*, (in *Boll. Istit. dir. rom.* VIII).

(7) Circa concubinatum militum cf. Meyer op. cit. sup. n. 4.

(8) Gundling, *De contubernio servorum*, Hal., 1717 - Costa, *Le nozze servili nel dir. rom.* (in *Archiv. Giurid.* XLVII) — Cf. Pütter, *De SC. Claudiano vel de poenis mulierum, quae alienis se servis iunxerint*, Berolini, 1827.

(9) Dasto, *De la recherche de la paternité hors mariage*, Toulouse, 1873 — Seitz, *Alimentationspflicht d. ausserehelichen Erzeugers nach gem. Recht*, Münch., 1891 — Arnette, *De la condition des enfants nès hors des justes nôces*, Paris, 1894 — Laroche, *La condition des enfants nés en dehors des iustae nuptiae*, Paris, 1896 — Cf. Dubois, *Étude histor. en droit rom. et en droit franç sur la protection de l' enfance et la condition des enfants trouvés, abandonnés et indigents*, Paris, 1888.

XI.

Forma iuridica in omnibus actibus, si non necessaria, certe satis conveniens est, quandocumque de illis agitur, ex quibus utilitas societatis humanae descendit. Romani hanc formam induxerunt in actu matrimoniali (1).

Forma a romanis in matrimonio contrahendo adhibita duplex erat: vel efficaciam extrinsecam solummodo habebat vel efficaciam intrinsecam. Prima adhibebatur in matrimoniis liberis (a) et in certis ritibus (b), religiosis praesertim, consistebat (2). Altera adhibebatur ad hoc, ut uxor familiam mariti ingrederetur, eiusque potestate seu manui subiaceret.

Quae altera forma ex triplici ritu, sub quo existere poterat (c),

(a) Origo matrimonii liberi in quorumdam sententia petenda est a iure trinoctii, quod in forma matrimonii solemnis per usum habebatur, ut sic independentia praesertim oeconomia unius coniugis ad alterum servaretur (Cf. superius par. 36, n. 9; Gell. III, 2; Servius, *ad Georg.* I, 31; Boeth. *ad Cic. top.* 3).

(b) In matrimoniis non solemnibus seu liberis mos erant utendi formula illa verborum: *liberorum quaerendorum causa* (Festus, *Quaeso*; Macrob. *Sat.* I, 16. Cf. Brissonius, *De formulis*, VI, 122). Haec formula vetustissima erat, nec desunt qui eam matrimonio solemni attribuant.

Iamvero quidam contendunt hanc formulam exprimi debuisse sive oraliter, sive in scriptis, sive coram testibus (Karlowa, *Die Formen d. röm. Ehe u. Manus*, Bonn, 1868, p. 72). Alii e contra animadvertunt naturam sacramentalem non habuisse. Revera diversimode formula proponebatur: *liberum quaerendum gratia* (Gell. IV, 3) — *liberorum creandorum gratia* -- *liberorum procreandorum causa* (l. 9 C. V, 4) — *liberorum procreandorum animo et voto* (l. 220, 3, L, 16) — denique formula citata, *liberum* seu *liberorum quaerendorum causa* (Ulp. III, 3; Gell. XVII, 21; Plaut. *Capt.* IV, 2, v. 822; Quintil., *Decl.* 247). Quae varietas non utique confirmat primam sententiam.

(c) Omnes quaestiones (neque certe desunt) circa formas, quae in matrimonio solemni, seu ut vir adquireret manum in uxorem, adhibebantur, possunt reduci ad tres potiores, nemque ad originem earum, ad aetatem qua introductae sunt, et ad earum applicationem.

1.° *Origo* — Confarreatio attribuitur Hetruriae aut Latii populo, aut utrique (Cf. Ch. de Casatis, *Ius antiquum*, 1894) — Coemptio pariter Latinis a quibusdam attribuitur.

2.° *Aetas* — Alii dicunt confarreationem ipsam Romae fundationem praecessisse; coemptionem secutam fuisse, evoluta iuridice familia romana; tertio loco apparuisse formam per usum. Alii e contra affirmant confarreationem et coemptionem simul extitisse: imo dubitant, num una eademque forma fuerit ab initio. Forma pariter usus exordium habuit ex traditione raptus Sabinarum (Cf. Macr. *Sat.* 15, 21. — Cf. quoque Darguhn, *Mutterrecht und Raubehe;* Leonhard, *Inst.*).

---

(1) Pillonis, *La célébration du mariage a Rome*, 1890.

(2) Brissonius, *De ritu nuptiarum.*, Antuerp., 1585. — Egeriaco, *I riti nuziali degli antichi rom.*, Fermo 1780. — Mahlmann, *De matrim. veterum Roman. ineundi et maxime dissolvendi causis et solemnibus*, Hal., 1845. -- Simian, *Des cérémonies des mariag. des patriciens et de la confarreat à Rome*, Roanne — Cf. Rein, *Privatleben der Römer*, Leipz., 1858 — Marquardt, op. cit. IX n. 2 — Padelletti, *Stor. del dir. rom. con note del Cogliolo*, 166, n. *n* — Landucci, *Indissolubilità del matr. confarr.* (in *Arch. Giur.* LVII, n. 35, 36) — Tamassia, *Osculum interveniens*, Torino, 1885.

appellabatur confarreatio (d), coemptio, usus (3). *Confarreatio* erat forma sacra, et sacri ritus adhibebantur (4): *coemptio* erat forma civilis ad similitudinem venditionis: *usus* erat pariter forma civilis ad similitudinem usucapionis.

Essentia matrimonii romani ab eius forma sedulo secernenda est: neque tantum a forma mere extrinseca, uti clare patet, sed etiam a forma qua intrinsecam efficaciam habebat, quia haec efficacia non versabatur circa matrimonii constitutionem, sed circa potestatem maritalem in uxorem (5).

XII.

Non omnes validum (1) matrimonium contrahere poterant; quidam enim natura, quidam a lege ipsa repellebantur (a). Inde impedimenta matrimonalia (2) sive naturalia, sive legalia, quae vel nullum (3) prorsus reddebant coniugium, vel, si validum, poenis plectebant.

3.º *Applicatio* — Iuxta quosdam confarreatio propria patriciorum erat; coemptionem introductam fuisse post legem Canuleiam pro matrimoniis inter patricios et plebeos; usum adhibitum fuisse a plebeiis tantum. Iuxta alios, quod tum confarreatio tum coemptio fuit patriciis communis.

Quoad has sententias optime consuli potest Rein, *Privatleben der Römer,* Leipzig, 1858.

(d) Filiis natis tantummodo ex nuptiis confarreatis aditus patebat ad quasdam religiosas dignitates (Gai. I, 112; Tac. IV, 16), et vocabantur *patrimi* (Festus, *Flaminius, Patrimus;* Gell. I, 12; Vopiscus, *Aurelian.*, 19). Iisdem nuptiis interveniebat Flamen Dialis (Servius, *ad Georg.* I, 31), et adhibebatur farreum — *cum farreo* — ad vitae societatem in matrimonio significandam. Praeter farreum adhibebantur quoque decem testes (Gai. l. c.; Ulp. IX, 1), ex quibus quinque videntur pro unoquoque ex sponsis significasse quinque populi romani classes.

Matrimonium confarreatum ad sacerdotes serius solummodo coarctatum est (Cf. superius par. 36, nn. 2, 3, 4; Frag. Vindob., V; Festus, *Flammeo;* Servius, *ad Aen.*, IV, 29; Gell. X, 15; Ovid. *Fast.*, VI, 226, seq.).

(a) Incestus ex *in castus.* Alius erat iuris gentium, alius iuris civilis (quae distinctio non ab omnibus admittitur); alius religiosus, alius civilis. Pontifices olim de incestu videbant; posterius ipsis reservatus fuit tantum religiosus.

Erat incestus religiosus, qui a Vestalibus committebatur (Eisenhart, *De Vestalibus et iure Vestali*, 1752). Poena varia fuit pro varietate temporum. Deiiciebantur olim e rupe Tarpea; dein successit deportatio (Paul. II, 26, 15; l. 5, XLVIII, 18); sub imperio singuli imperatoris arbitrio

---

(3) Karlowa, *Die Formen d. röm. Ehe u. Manus,* Bonn, 1878 — Cuq, *Les instit. juridiques des Rom.*, Paris, 1891.

(4) Pagenstecher, *De confarreatione*, Bonn, 1848 — Bouché-Leclercq, *Les Pontifes de l' ancienne Rome*, Paris, 1871 — Brugi, *Confarreatio*, Torino, 1891 — Cf. Münter, op. cit. X, 3 — Simian, op. cit. sup. n. 2 — Landucci, op. cit., sup. n. 2.

(5) Eggers, *Ueber d. Wesen u. d. Eigenthumlichkeit d. altröm. Ehe mit Manus*, Alton., 1833 — Cf. Karlowa, op. cit. sup. n. 3.

(1) Bozon, *Des conditions de validité du mariage rom.*, Versail., 1868 — Porquier, *De la validité du mariage en droit rom.*, Lavaur, 1872.

(2) Duros, *Des empêchements au mariage,* Paris, 1888.

(3) Bouly de Lesdain, *Des nullités de mariage en droit rom.*, Paris, 1889.

Impedimenta naturalia illa erant quibus extantibus aliquis incapax erat nubendi aut relate ad omnes personas, aut relate ad quasdam tantummodo. Absolute impediebatur matrimonium si elementum essentiale in persona contrahentis defecisset, nimirum animus (b), ut in amente, aut corpus, uti in castrato. Relative impediebatur, si relatio talis esset inter quosdam, ut contra naturam vel saltem ius coniugium fuisset (c).

In primo casu evidens est quod matrimonium impossibile evadebat omnibus hominibus, et proinde impedimenta huiusmodi generis fuerunt in quacumque legislatione recognita; nam legislator humanus non potest naturae elementa ita elaborare ut pro arbitrio ad casus aptentur, quos ipse inspicere vellet. E contra in altero casu, quia relationes sociales mutantur iuxta graduum diversitatem qui in sociali progressu inveniri possunt, legislator facultatem habet, imo saepissime etiam obligationem, impedimenta matrimonialia statuendi specialia. Hic itaque apparet inter legales dispositiones discrimen penes populos, sive inspiciamus temporum successionem, sive gentium humanarum inspiciamus existentiam eodem tempore per universam terram.

Attamen denegari non potest quod in illis etiam matrimoniis, quae relativa nuncupantur, quaeque, uti superius diximus, relationibus inter quasdam tantummodo personas innituntur, inveniatur quoddam elementum absolutum. Revera si agitur de relatione sanguinis, utique verum est variis modis se gessisse legislationes; non enim quod inhonestum romanis videbatur, ita et penes Aegiptios aliosque populos habitum fuit. Idem populus romanus non in omni aetate aequalia persensit, sed sub imperio, maxime christiani aevi, de inhonestate severius iudicavit quam sub consulibus. Nihilominus semper fuit admissum, et ab omnibus, quod matrimonium in linea recta reprobandum et diceretur et esset. Simili modo de matrimonio in linea ex transverso inter fratrem et sororem. Quod si aliquando exempla populorum afferuntur, quorum in moribus fuit quaedam horrenda vincula contrahere, non videtur concludi posse de diversa cogitandi ratione in jure naturae, sed potius de gravissimis erroribus, quos exceptionaliter ob latissimam morum corruptionem etiam in nationes haud raro cadere constat.

commissa est, ita ut non solum nummaria, sed etiam capitalis aliquando fuerit constituta (Cf. l. 6 C. v, 5; l. 3 C. Th. III, 12). Iustinianus denique exilio mulctavit hoc crimen, et corporali castigatione si quis vilis conditionis convictus esset (Nov. 12, C. 1).

(b) Timor reverentialis non erat impedimentum validitati matrimonii (l. 22, XXIII, 2).

(c) Casus tamen aderat, in quo, summae affectionis intuitu tutoris erga pupillam, impune matrimonium concedebatur inter istam et illius descendentem (l. 67, 1, XXIII, 2).

Ad hanc ergo duplicem classem referebantur omnia impedimenta matrimonialia iure romano, nempe bigamia, (d) (4) cognatio (5) (e) (f), adfinitas (6), error (7) (g), raptus (8) (h), conditio (9) (i).

De singulis impedimentis iam fusius locuti sumus in parte prima in par. 32 et seq., pag. 48 et seq.

(d) Leges, quae contra bigamos decreverint ante Augusti aetatem, haud nobis cognitae sunt. Post hanc aetatem infamia habetur, et lex Iulia de adulteriis crimina stupri et adulterii in bigamia agnoscit (l. 2 C. v, 5; l. 7 C. v, 17; Nov. 117, C. 11. Cf. superius par. 32, n. 1).

Casus excipiebatur, in quo mulier vinculum praecedentis matrimonii ignorasset (l. 18 C. IX, 9). Varia fuit poena comminata iuxta diversitatem temporum; etiam poena capitalis extitisse videtur.

(e) Inter cognatos usque ad sextum gradum, nempe inter eas personas quibus ius osculi spectabat, impedimentum aderat matrimonio. Quod tamen olim ex moribus processisse videtur (Tac. XII, 6; Plut. *Quaes. Rom.*, 6), et dein a iure confirmatum fuit. Postremis reipublicae temporibus huiusmodi impedimentum disparuit, inter consobrinos quoque (Tac. et Plut. ll. cc.; Liv. XLII, 34). Sub imperio christiano iterum revixit (l. un. C. Th. III, 10; l. 3 C. Th. III, 12), et iterum sub Iustiniano abolitum est (par. 4 i., I, 10. Cf. superius par. 32, n. 14. Ante Iustinianum iam concessio facta fuerat: l. 19 C. v, 4).

(f) Dubitari potest num matrimonium inter avunculum et neptem iure civili an etiam iure gentium prohibitum dicendum sit (Cf. l. 39, 1, XXIII, 2, et superius par. 32, n. 10).

(g) De impedimento erroris romani directe solliciti haud fuerunt; eius enim doctrina optime reducitur ad doctrinam generalem circa errorem. Praeterea notandum est quod fere semper error adiungitur dolo, et de dolo fusius egerunt.

Circa impedimentum erroris fuit animadversum quod distinctio communis inter errorem qui cadit in personam et errorem qui cadit in qualitatem essentialem personae, non videtur usquequaque perfecta. Nam error in qualitate essentiali utique dirimit matrimonium, sed non quatenus agatur de vero impedimento erroris, sed potius de aliis impedimentis. Sic e. g. in fontibus traducitur nullum matrimonium eius, qui inscius sororem suam duxerit, vel qui duxerit eam quam viripotentem putabat, dum e contra erat impotens. In hisce casibus non est impedimentum erroris, quod obstet, sed potius impedimentum consanguineitatis (par. 2 i. I, 10; l. 54, XXIII, 2) aut impotentiae absolutae (l. 39, 1, XXIII, 3). Etiam in casu a Iustiniano allato in Nov. 22, C. 10, in quo nullum declaratur matrimonium eius qui liber cum esset duxit in uxorem illam quam liberam putabat, non est impedimentum erroris, sed conditionis (l. 14, 3, XXIII, 3; l. 3 C. v, 5). Et ita porro.

(h) In raptorem priscis temporibus animadvertebat consilium domesticum. Semper tamen in promptu erat actio generalis iniuriarum. Dein lex Iulia de vi speciatim hoc crimen respexit (l. 54 C. I, 3; l. 3 C. IX, 12; l. un. C. IX, 13).

Poena varia fuit, usque ad mortem (C. Th. IX, 24.) Quoad legislationem iustinianeam cf. superius par. 34, II, 1, necnon par. 8 i. IV, 18; l. 54 C. cit.; Nov. 123, C. 43.

(i) Quamvis impedimentum inter patricios et plebeos lex Canuleia abstulerit, tamen adhuc longo tempore patricii hisce coniugiis repugnabant (Cf. Liv. x, 23).

(4) Thomasius, *De crimine bigamiae*, Lips., 1685 — Kok, *De bigamia et de poenis*, Groning., 1803.

(5) Kluger, *De nuptiis incestuosis*, Argentor., 1771 — Ram, *De incestu*, Utrecht, 1774.

(6) Otto, *De vetitis affinium nuptiis*, Traiecti, 1730.

(7) Pfersche, *Lehre v. error in substantia*, Gratz, 1880.

(8) Brümner, *De raptu*, Lips., 1788.

(9) Nederburgh, *De prohibitis nuptiis inter eum qui officium in provincia administrat et mulierem provincialem*, Lugd. Batav., 1809.

XIII.

Matrimonio valide inito plures effectus oriebantur inter coniuges et relate ad prolem, qui effectus subiacebant mutationibus propter pacta nuptialia (1).

Inter coniuges exurgebant relationes personales et patrimoniales. Ut de prioribus aliquid dicamus, quaedam mutuo a coniugibus observari debebant, uti fidelitas, reverentia, adiutorium. Taliter coniux se habebat ad alterum, ut neque in iudicio agere adversus ipsum potuisset, et neque criminis notio admissa interdum fuisset e. g. furti, quo in casu inducebatur potius actio sub nomine peculiari rerum amotarum. Quaedam iura specialia erant viro, cuius domicilium uxor sequi debebat; quaedam specialia uxori, cui conditionem socialem propriam maritus conferre tenebatur.

Relate ad prolem effectus matrimoniales tum respiciebant patremfamilias, qui potestatem super eam adquirebat cum omnibus iuribus adnexis ut disponere posset pro suo arbitrio; tum prolem ipsam, quae legitimitatis ius invocare poterat iuxta principium: pater is est, quem nuptiae demonstrant (a) (b).

Magna penes Romanos vis erat in susceptione prolis ex legitimo matrimonio, unde consequebatur ius liberorum, cui multa privilegia conferebantur (c).

(a) Principium: pater is est, quem nuptiae demonstrant (l. 5, II, 4), erat tantummodo *iuris*, ita ut probationibus contrariis, locus esset. Exceptiones, quae admittebantur contra legitimitatem prolis, reducebantur ad impossibilitatem cohabitationis viri et mulieris eo tempore quo haec concepit. In l. 6, I, 6 citantur: 1. impotentia absoluta mariti — 2. impotentia relativa ex gravi morbo contracta — 3. absentia mariti.

Notandum quod gestatio mulieris brevior computabatur in sex mensibus (l. 12, I, 5; l. 3, 12, XXXVIII, 16); longior in decem mensibus (Gell. III, 16. Videtur quod Hadrianus possibilitatem admiserit legitimi partus in fine mensis undecimi: Gell. l. c. Imo Plinius *H. N.* VII, 4, etiam admissam scribit in fine mensis decimi tertii).

(b) Quod respectu matris omnes filii legitimi essent, tamquam regula admittebatur. Iustinianus quasdam exceptiones constituit, ut filii etiam respectu matris illegitimi dicerentur, si habiti fuissent in matrimonio a femina illustri (l. 5 C. VI, 57); item si de filiis ageretur ex nefariis et incestuosis complexibus ortis (Nov. 89, C. 15. Cf. l. 6 C. V, 5; l. 3 C. Th. III, 12).

Quamvis in filiis illegitimis iuridice pater non consideraretur, tamen vetabatur matrimonium inter ipsos (l. 14, 2, XXIII, 2).

(c) Ius liberorum non competebat feminis quae ante tempus aut quae monstrum peperissent (Paul. IV, 9, 3, 4; l. 14, I, 5. Cf. l. 135, L, 16).

---

(1) Fontanella, *De pactis nuptialibus* — Cf. Manenti, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrim.*, Siena, 1889 — Jarnac, *De l' influence des conventions matrimoniales sur la capacité de la femme mariée*, Bordeaux, 1895.

XIV.

Matrimonium dissolvi poterat (1) vel directe ex parte coniugum (a) vel indirecte ex facto aliquo.

Iure romano facultas erat, generatim loquendo, divertendi ab inito coniugio (2). Huiusmodi facultas olim, cum matrimonia tantum-

(a) Multa sunt in disputatione circa divortium, si ad priora reipublicae romanae saecula mentem intendimus. Eminent duo quaestiones: una generalis de existentia divortii saltem quinque prioribus saeculis reipublicae; altera specialis quoad matrimonium per confarreationem.

In prima quaestione distinguere debemus inter ius et factum. An matrimonium dissociari posset, vix est qui negare valeat ex celeberrima lege Romuli quam referunt Plutarcus, *Rom.* 22 (penes Bruns, p. 6) et Dion. II, 25 (penes Bruns l. c.). Iuxta hanc legem si praesertim Plutarcum audiamus, vir poterat repellere uxorem suam quibusdam in casibus: scilicet divortium unilaterale seu potius repudium admittebatur (Diximus si praesertim Plutarcum audiamus quia potius ex Dionisio non admittitur haec facultas, et in conciliando Plutarco cum Dionisio interpretes maxime insudant). Quot et quinam fuerint casus praedicti certo non apparet, et variae sententiae prodierunt in interpretatione scriptorum.

An revera matrimonia quaedam illis temporibus soluta fuerint, non est pariter concors interpretum doctrina. Alii negant propter honestatem vinculi coniugalis, quae tunc temporis vigebat, adeo ut quando primitus Spurius Carvilius Ruga divortium fecit (a. 520 vel 523 vel 527 ? Cf. Plut. *Rom.*, 39; *Num.* 77; Val. Max. II, 1, 4; Gell. IV, 3; XVII, 21; Cic. *pro Cluent.* V) magnam excitaverit admirationem. Alii e contra affirmant, tum quia commode explicari non posset cur Romulus legem tulerit circa divortia, tum quia ante Sp. Carvilium Rugam plura alia divortia in historia romana occurrunt (Val. Max. II, 1, 4; 9, 2; VI, 3, 10, 11); admirationis vero a divortio Rugae excitatae non una affertur explicatio.

In quaestione quoque speciali circa matrimonium confarreatum magna est scriptorum differentia. Alii contendunt posse in eo admitti divortium prout in caeteris matrimonii speciebus; adeo verum est ut sacerdos peculiaris adesset *confarreationum et diffarreationum* (idque eruitur e. g. ex inscriptione n. 6662 *Corporis Inscrip. Latin.* Cf. Fest. *Diffarreatio*). Alii e contra dicunt quod prorsus illud matrimonium per confarreationem erat indissolubile, et citant textum Dion. II, 25, referentes textum Plutarchi

---

(1) Moll, *De la dissolution du mariage en droit rom.*, Rixheim, 1875.

(2) Aken, *De divortio*, Lugd. Bat., 1819 — Waechter, *Ehescheid. bei d. Röm.*, Stuttg., 1822. — Mahlmann, op. cit. XI n. 2. — Berner, *De divortiis apud Rom.*, Berolini, 1847 — Strippelmann, *Das Ehescheidungsrecht nach gemein. u. besonders hessischem Rech.*, Cassel, 1854 — Langeron, *Du divorce en droit rom.*, Paris, 1857 — Morael, *Du divorce*, Paris, 1889 — Brini, op. cit. X n. 3 — Fontenay, *Dissolution des iustae nuptiae par le divorce en droit rom.*, Paris, 1894. — Gujot, *Du divorce à Rome*, Bar le-Duc, 1894. — Adiice:-Breton, Paris, 1863. — Mazeaud, Paris, 1863 — Legrand, Versail., 1865. — Sourbés, Paris, 1869. — Crametz, Abbeville, 1871. — Gouin, Nantes, 1872. — Duprey, Dijon, 1873. — Circa historiam: Marche, *Historia iuris civilis de divortiis*, Lips., 1764 — Iunghans, id., Lips., 1782 — Cauvière, *Le divorce avant l' ère chrétien.* — Piccinelli, *La evoluzione storico-giurid. del divorzio in Roma da Romolo ad Augusto* (in *Arch. Giurid.*, XXXIV) — Fulci, *Il divorzio nella prima epoca del dir. rom.* (in *Arch. Giurid.*, LIII) — Circa primum divortium: Savigny, *Ueber die erste Ehescheid. in Rom.* (in *Vermisch. Schrift.* I, 81 seq.) — Di Marzo, *Il divorzio di Spurio Carvilio Ruga* (in *Circolo Giurid.*, XXV) — Circa formam Cf. *Zeitschr. F. R. G.* VIII, 93; XI, 355 — Circa indissolubilitatem matrimonii cf. Landucci op. cit., XI n. 2 — Recensio scriptorum hac de re invenitur penes Voigt, *XII Taf.* II, 709.

modo aut fere cum manu essent, viro competebat, quia mulier non poterat se potestati mariti directe subducere. In matrimonio libero e contra facultas erat utrique, dummodo tamen iusta adesset causa, ut divortium (b) bona gratia fieret (c), quia secus coniux male divertens poenis subiacebat (d). Iusta causa fere semper erat adulterium (3) (e), cuius iam antiquitus ratio habebatur in iudicio dome-

ad matrimonium liberum. Quoad diffarreationem respondent in usu eam fuisse post Augustum; ceterum nihil prohibet quominus *diffarreatio* habeatur veluti ritus generalis dissociandi quaecumque matrimonia, etiam libera, non vero ritus specialis pro matrimonio confarreato.

In hac altera sententia ratio congruentiae non deest. Nam matrimonium per confarreationem proprium erat sacerdotibus modo peculiari; quare cum in desuetudinem abiit haec forma, tamen retenta est in matrimonio Flaminis Dialis, Martialis, Quirinalis et regis sacrorum. In controversiis suis potuerunt exinde christiani scriptores exemplum sumere ad exhortationem virtutis castitatis (Gell. x, 15, 23; Fest. *Flammeo;* Serv. *in Aeo.* IV, 29, 103; x, 374; S. Ieron. *adv. Invin.*, I, 49; Tertul. *de exhort. castit.* 13).

(b) Divortium, aliter *discidium* (l. 8, XLIX; 15, Tac. *Ann.* II, 86; XII, 40; Svet. *Domit*, 3; Martial. x, 41) — *discessio* (Terent. *Andria*, III, 3, v. 36) — *matrimonii solutio* (l. 240, L, 16) — *renunciatio* (l. 2, 1, XXIV, 2) — *repudium* (ll. 110, 1; 191, L, 16. Verbum *repudium* sponsalibus aptabatur, sed promiscue etiam adhibebatur sive pro sponsalibus, sive pro matrimonio: l. 29, 1, XXII, 3: l. 12 pr., XXIII, 2; l. 2, 1, XXIV, 2; l. 43, XLVIII, 5; ll. 101, 1; 191 cit.).

Circa originem verbi cf. l. 2 pr., XXIV, 2; l. 191, L, 16.

(c) Divortio *bona gratia* contrarium erat divortium *ira et offensa* (ll. 32, 10; 60-62, XXIV, 1).

(d) Olim pater poterat mittere genero repudium inscia vel etiam invita uxore istius, quam sub patria potestate adhuc retinebat; nam, si emancipata fuisset, id utique ei non licebat. Marcus Antoninus coërcuit huiusmodi potestatem, quae causa divortiorum mediocris non erat (Paul. v, 6, 15; l. 5 C. v, 17. Cf. Frag. Vat. 116; l. 32, 19, XXIV, 1; l. 1, 5, XLIII, 30).

Sub imperio christiano maiores limites impositi sunt divertendi libidini, maioresque propositae poenae.

Circa poenas in jure anteiustinianeo cf. l. 8 C. v, 17; ll. 1; 2; C. Th. III, 16; in iure iustinianeo cf. l. 11 C. v, 17; Nov. 22, C. 18; Nov. 53, C. 6; Nov. 74, C. 5; Nov. 117, C. 5; Nov. 134, C. 10.

(e) Adulterium, ***quasi partus ex altero conceptus*** (l. 6, 1, XLVIII, 5), ***vel quasi accessio ad alterius thorum, vel quasi conferre ille ad alteram, haec ad alterum.***

An olim leges animadverterint contra adulterium, sunt qui negant, sed quod tunc sufficiens fuit iudicium domesticum et patria potestas; certum est enim quod maritus, audito consilio seu iudicio domestico, adulteram punire poterat, et etiam occidere si in flagranti deprehensam (Dio. II, 25; Val. Max. VI, 1, 3; et praesertim Quintil. III, 6, 17, 27; v, 10, 39, 52, 58, 104; VII, 1, 6): imo videtur quod aliquo modo pater habuerit obligationem occidendi filiam adulteram (Coll. IV, 8, 1). Alii e contra affirmant leges olim extitisse adversus adulteros (Cf. Coll. IV, 2, 2), quae tamen nobis cognitae haud sunt; e. g. legem quamdam *Serviliam de pudicitia.*

Tempore Augusti lata est celeberrima lex Iulia, quae generatim contra corruptionem morum concepta fuit (Paul. II, 26; Coll. IV, 12; D. XLVIII, 5; C. IX, 9). Adulterium habuit punitionem in nupta (quoad sponsam adulterium admissum fuit sub Severo et Antonino: l. 13, 3, 8, XLVIII, 5; Cf. l. 7 C. IX, 9), sive in matrimonio iusto sive iniusto et etiam incestuoso (l. 13, 1, 4, XLVIII, 5), imo et in concubinatu (l. 13 pr., XLVIII, 5). Constituti erant dies sexaginta, ut maritus accusaret adulteram (l. 37, 1, IV, 4), et dein publica accusatio fiebat.

Puniebantur non solum adultera, sed et complices eius (l. 12, XLVIII, 5), nec non ille qui lucrum acciperet ad hoc ut

(3) Lengnich, *De origine et progressu poenae adulterii apud Rom.*, Hal., 1712 — Esmein, *Le délit d' adultère à Rome* (in *Mélanges d' histor. du droit et de critiq.*, Paris, 1886) — Cf. La Mantia (in *Enciol. giurid.* I) — Lucchini (in *Dig. Ital.* II).

stico, et deinde in iudicio de moribus (f). Legislatio romana, propter morum grassantem saepe corruptionem (g), plures dispositiones circa adulterium edere coacta fuit (4).

Sed, quin coniux a matrimonio divertisset, contingere poterat factum aliquod, ut casum mortis praetereamus, quo ipse connubium amitteret. Tunc, cessante libertate, vel civitate, vel etiam aliquando mutata familia, matrimonium cessare poterat. Id patet si sermo sit de amissione libertatis; sed et per amissionem civitatis elementum civile matrimonii destruebatur. Quoad vero familiae mutationem talis coniugum relatio exurgere poterat, ut prorsus inter eos connubium haud amplius intelligeretur, puta si maritus vi adoptionis a genero factae efficeretur frater propriae uxoris.

Matrimonium autem legaliter dissolutum (h) consequebantur effectus iuridici penes coniuges (5), si divortium intercessisset, vel pe-

accusationem adulterii non exerceret aut prosequeretur (l. 8 pr, iv, 2; ll. 11, 3; 29, 2; 33, 2, xlviii, 5; l. 10 C. ix, 9).

Quoad poenam, lex Iulia, praeter pecuniariam, irrogavit interdictionem ignis et aquae. Iustinianus in par. 4 i. iv, 18 asserit fuisse irrogatam poenam mortis; at hoc admitti nequit (Cf. Landucci, *Storia* etc. i, pars iii, 460 n. 10); nam nonnisi saeculo ii haec poena mortis inducta est, quam postea Constantinus confirmavit (l. 30 C. ix, 9. Cf. l. 4 C. Th. xi, 36). Denique Iustinianus adulteros in monasterium detrusit (Auth. ad l. 30 C. ix. 9; Nov. 134, C. 10), necnon renovavit vetustam vindictam privatam, ut qui post trinas epistolas amasium uxoris commonuisset, ipsum in flagranti deprehensum occidere posset (Nov. 117, C. 15).

(f) Iudicium de moribus fuit suffectum consilio domestico (de quo Ulp. i, 12 seq.); at quaeritur quandonam id contigerit. Alii enim legibus Iuliae et Papiae Poppaeae, alii edicto praetoris, alii legi Maeniae attribuunt.

Circa iudicium de moribus cf. Gai. iv, 102; l. 5 pr., xxiii, 4; ll. 39; 47, xxiv, 3. Uterque coniux coram hoc tribunali causam divortii proponere poterat (Ulp. vi, 13; Cic. *Top.* 4; Quintil. vii, 4, 11, 38; Val. Max. viii, 2, 3); poena pecuniaria irrogabatur illi qui leviter divertisset (Cic. et Val. Max. ll. cc.; Plin. *H. N.*, xiv, 14).

Iudicium domesticum solummodo in casibus gravioribus consulebatur (Gell. x, 23, 4), neque necessarium erat nisi in casu criminis manifesti (Sall. *Cato*, 39).

(g) Adversus magnam corruptionem morum et divertendi licentiam plurimas Augustus, ut diximus, tulit leges. Per legem sumptuariam mulierum praesertim luxum compescuit. Adulteria, stupra, aliaque his similia crimina persecutus est per legem de adulteriis coercendis et pudicitia (Paul. ii, 26; Coll. iv; par. 4 i. iv, 8; D. xlviii, 5; C. ix, 9; Tac. *Ann.* ii, 50). Per legem iuliam de maritandis ordinibus, quae dein cum Papia Poppaea coaluit, matrimoniis fovendis occurruit.

(h) In matrimonio cum manu dissolutio fieri debebat etiam potestatis maritalis, nempe vir remancipabat alteri uxorem (Cf. Gai. i, 137a; Festus, *Remancipatam*).

Lex Iulia de adulteriis formam quamdam induxit divertendi, ut qui discedere voluisset id denunciaret coniugi per libertum coram septem testibus (l. 9, xxiv, 2; Svet. *Octav.*, 34. Cf. l. 35, xxiv, 1; l. un., 1, xxxviii, 11). Progressu temporis admissum fuit quod sufficeret denunciatio per epistolam (l. 8 pr. C. v, 17; Nov. Theod. xviii). Cf. superius par. 42.

Inter formulas divortii, quas olim

(4) Hoffmann, *Liber singularis ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, Francof., 1732 — Dervillers, *Des peines de l' adultère en droit rom. avant, sous et apres la loi Iulia de adulteriis*, Paris, 1894 — Cf. Iöhrs op. cit., X n. 3.

(5) Fonvielle, *Des effets du divorce quant aux personnes*, Paris, 1893.

nes coniugem superstitem (6), si mors alterius contigisset. Coniux ad secunda vota (7) transeundi facultatem habebat, luctu (i) erga defunctum praehabito (8); qui luctus uxori non solum honestatis causa, quae mutari potuit, sed etiam causa utilitatis socialis impositus fuit, ne scilicet periculum adesset turbationis sanguinis in damnum foetus ex praedefuncto marito fortasse concepti. Ceterum non eadem legislatio fuit semper circa secundas nuptias: interdum enim coelibatum et orbitatem (l) persequens filiorumque procreationi intendens, iisdem

usurpatas diximus (cf. pag. 62) recensenda est quoque illa, quae a Cuiacio (VIII, 948) refertur Petronio satirico: « quia fidem scelere violasti, et communem amicitiam, res tuas ocius tolle, et alium locum, quem polluas, quaere. »

(i) Luctus per plura saecula in obligatione fuit apud omnes defuncti parentes sub poena infamiae (Dio. V, 48; Liv. XXXIV, 7; Senec. *Ep.* 63; Plut. *Numa* 12. Cf. Paul. I, 21, 13). Tunc vigebat annus lunaris seu decem mensium (cf. Seneca, *Consol. ad Helviam*, XVI; Ovid. *Fast.* I, 35, 36; III, 134). Dein sola mulier hanc obligationem retinuit una cum poena transgressionis (l. 23, III, 2. Cf. Nov. 22, C. 22).

Inter luctus ceremonias recensebatur etiam depositio insignium vestium (Liv. IX, 17). Cf. superius par. 45.

(l) Adversus coelibatum, qui ex morum corruptione nascebatur eamque vicissim gignebat, insurrexerunt etiam antiquitus viri honestiores (Cf. Dio. Alic. IX, 22, qui nobis refert legem gentis Fabiae gentilibus matrimonium indicens). Censores quoque contra coelibes animadverterunt (Gell. I, 6), quibus imponebatur tributum appellatum *aes uxorium* (Festus, *Uxorium;* Paul. Diac. ad h. v. Cf. Valer. Max. II, 9, 1; Liv. *Ep.* LIX; Gell. I, 6; Svet. *Aug.*, 89 — Viduis et orbis imponebatur *aes hordiarium*. Cf. Gai. IV, 27; Festus, *Equestre, Hordiarium, Pararium*; Cic. *de repub.* II, 20). Revera inter officia censorum et illud recensebatur: *caelibes esse prohibento* (Cic. *de leg.* III, 3. Cf. Plut. *Camil.* 1). Tantummodo honor quidam exhibebatur feminis, quae in luctu perpetuo permansissent (Liv. X, 23; Val. Max. II, 1, 3; IV, 3, 3; Festus, *Pronubae, Pudicitiae signum;* Serv. *ad Aen.* IV, 19)

E contrario qui in matrimonio prolem habebant quibusdam praerogativis fruebantur (cf. par. 47, p. 68, III): hae sunt, quas Gellius (V, 19) *praemia patrum* vocat. Sic liberti, quibus filius quinquennio maior erat, non inter rusticas, sed inter urbanas tribus collocabatur (Liv. XLV, 15). Ex Svetonio (*Caes.* 20. Cf. App. *de b. c.* II, 10) scimus quod Caesar « agrum Campanum, ad subsidia Reipublicae vectigalem relictum, divisit extra sortem ad viginti millibus civium, quibus terni pluresve liberi essent ».

Ex quibus apparet quod non solum coelibatus, sed etiam orbitas, seu filiorum carentia, privationes secumferebat. Ad filiorum enim procreationem legislatio intendebat. Hic obiter animadvertimus *coelibem* simpliciter fuisse qui nunquam nupserat; *coelibum orbum*, qui nupserat, sed dein dissoluto morte vel divortio matrimonio primo, ad secundas non transierat nuptias quin haberet filios; *coelibem solitarium*, qui pariter non transierat ad

---

(6) Costa, *La condizione patrim. del coniuge superstite nel dir. rom. classico*, Bologna, 1889.

(7) Gentilis, *De bonis maternis et de secundis nuptiis*, Han., 1606 — Maure, *Du sécond mariage de l' époux survivant*, Paris, 1852 — Glaize, *Des séconds et subséquents mariages*, Toul., 1859 — Patzouris, *Des sécondes nôces et de leurs effects*, Paris, 1862 — Iolly, *Des séconds mariages. Étude histor. sur la législation des sécondes et subsequéntès mariages*, Paris, 1896 — Del Vecchio, *Le seconde nozze del coniuge superstite*. Studio storico, Firenze, 1885 — Cf. quoque *Zeitschr. Giessen*, III, 5; IV, 18; V, 23; X, 4; XVI, 2; XIX, 7.

(8) Lanzoni, *De luctu mortuali veterum*, Ferrara, 1713 — Rengers, *De luctu imprimis viduarum apud Rom.*, Trai. ad Rhen., 1825 — Cf. Kirchmann, *De funeribus Roman.*

summo studio favebat (9): interdum e contra filiis prioris coniugii prospiciens (10), easdem odio habuit.

DOS.

XV.

Matrimonium est causa plurium graviumque onerum, quibus ferendis quemadmodum vir in bonis propriis, ita et uxor aequum est concurrant (a). Inde dotis origo (1) (b).

alterum coniugium, sed tamen ex primo filios susceperat.

Legislatio contra coelibatum et orbitatem parum proderat (Tac. *Ann.* III, 25). Sub imperio christiano abolita fuit (l. 1 C. VIII, 58; l. 1 C. Th. VIII, 16), praerogativis solummodo inter ipsos coniuges adhuc perseverantibus et circa jus liberorum (l. 1 C. Th. cit.). Sed paulo post ipsae quoque disparuerunt (l. 2 C. VIII, 58; l. 1 C. VIII, 59; ll. 2; 3 C. Th. VIII, 17).

(a) Relationem inter dotem et onera matrimonii a paucis contenditur non esse admittendam (Tigerström, Bechmann). Animadvertunt quod dos primario eo tendebat ut virgo convenienter in matrimonio collocaretur (Cf. l. 25, 1, XLII, 8; l. 5, 5, XLVI, 4). Ceterum, adeo verum est ut non inserviret oneribus matrimonii, ut dos existeret quamvis nullum afferret emolumentum (l. 4, XXIII, 3; ll. 17; 18 C. V, 12. Cf. l. 31, 2 C. ib.).

Iam vero fere omnes admittunt quod dos essentialiter ad sustinenda onera matrimonii ordinaretur, secus nulla esset (l. 46, X, 2; l. 65, 16, XVII, 2; ll. 56, 1; 76, XXIII, 3; l. 16 pr., XLIX, 17; l. 20 C. V, 12); quapropter dos tanquam onerum pretium considerabatur, et maritus emptori comparabatur (l. 8, 13, XX, 6; l. 19, XLIV, 7).

Imo, licet non desint doctores qui negent, dissoluto matrimonio, dotem suam naturam amittere et restitui debere (Cf. Windscheid, *Pand.*, 492; Czyhlarz, *Das röm. Dotalr.*), tamen communiter admittitur quod dos ita oneribus matrimonii inhaereret, ut post dissolutionem talis esse desineret et in restitutionem veniret (Cf. l. 3, XXIII, 3; ll. 2; 16, XXIII, 4).

(b) Dos non intelligebatur, uti diximus, nisi in matrimoniis liberis.

Videtur tamen quod dein dotis significationem habuerit quoque illa adquisitio

---

(9) Praeter cognita opera Ramos, Manzano. Eineccii, cf. Schneider, *Das Anwachsungsrecht bei Legaten u. d. caducarischen Bestimmungen d. Lex Iulia et Papia*, Berlin, 1837 — Machelard, *Dissert. sur l' accroissement. Étude sur les lois Iulia et Papia Poppaea en ce qui concerne la caducité*, Paris, 1860 — Iöhrs, op. cit. X, n. 3.

(10) Derkenne, *De la protection légale des enfants d' un premier lit.*

(1) Finistres, *De iure dotium*, Cervar., 1754 — Schenk, *Das Recht d. Dos vor Iustinian*, Ladsh., 1812 — Tigerström, *Dos röm. Dotalr.*, Berlin, 1831 — Arrò, *Del dir. dotale secondo i principii del gius romano e della giurisprudenza dei magistrati*, 1834 — Pron, *De iure dotium, de pactis dotalibus, de fundo dotali*, Paris, 1845 — Pellat, *Textes sur la dot traduits et commentés.* Paris, 1853 — Aubry, *Du droit des dots en droit rom.*, Paris, 1856 — Burdet, *Exposition de la doctrine rom. sur le régime dotal, avec introduction histor.*, 1858 — Pascal, *Traité synthétique de la dot en droit rom.*, 1860 — Bechmann, *Dotalrecht*, Erlang., 1867 — Amoretti, *Sul diritto delle doti presso i Romani*, Oneglia, 1869 — Czyhlarz, *Röm. Dotalr.*, Giessen, 1870 — Gide, *Du caractère de la dot en droit rom.*, Toul., 1872 (Cf. *Rèvue de législ. ancien. et moderne*, 1872) — Piccinelli, *Della dote in dir. rom.*, Cagliari, 1883 — D' Ancona, *Il concetto della dote nel dir. rom.*, Firenze, 1888 — Devilla, *La dote* — Circa historiam: Ginoulhiac, *Hist. du régime dotal*, Paris, 1842 — Burdet op. cit. — D' Hauthuile, *Origine et progrès du régime dotal chez les Rom.* (in *Rév. de législ.* VII) — Quoad recensionem scriptorum de dote cf. Schupfer, op. cit. IX, 2. —

Femina quae in ascendentis potestate erat, ius quoddam habebat ut dos sibi daretur (2); eo maxime quod virgo indotata vix in matrimonio honeste collocaretur. Erat ergo obligatio moralis (c) penes ascendentem dotandi virginem suam, quae dein iuridica (d) evasit in legislatione romana (3).

per universitatem, quam maritus propter manum faciebat. Hoc sensu explicantur illa Ciceronis: « cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine » (*Top.* 4, 23).

Mos afferendi dotem in matrimoniis liberis adeo percrebuit, ut dedecus habere censeretur virgo indotata (Plaut. *Aul.* II, 2, v. 145; *Trin.*, III, 1, v. 572; III, 2, v. 657; V, 2, v. 1119: Cic. *pro Quinctio*, 31). Dein declarata fuit dos ordinis publici (l. 2, XXIII, 3; l. 1, XXIV, 3; l. 18, XLII, 5).

(c) Olim quibusdam moralis obligatio imponebatur dotem mulieri nubenti constituendi: appellabatur *officium*, quod moribus vigebat (l. 6, XXXVII, 6. Consule Plaut. *Aulul.* II, 2, 13; *Trin.* I, 2, 121; II, 4, 104; III, 1, 3; 2, 52 et 62; 3, 1; Terent. *Adelph.* III, 2, 47; Varr. *de r. r.* III, 16; Cic. *pro Quin.*, 31).

At, quandonam huiusmodi officium vim obligationis iuridicae sumserit, controvertitur. Quidam id tribuunt legi Iuliae de maritandis ordinibus; et haec sententia communis videtur (Glück, Czyhlarz, Hasse, Amoretti, Barinetti, Schupfer etc.). Quidam alii vero tribuunt constitutioni imperatorum Severi et Antonini (Heineccius, *ad leg. Iul. et Pap.*, Zimmern, *Geschicht.* etc.).

Circa personas, quae obligabantur ad dotandum, recensendae sunt l. 19, XXIII, 2 et l. 12, 3, XXVI, 7.

Ex prima orta est quaestio de obligatione ascendentis paterni erga emancipatas. De qua quaestione cf. praesertim Czyhlarz, *Röm. Dotalrecht*, 49. Sciendum quod moribus primum, dein lege Iulia de maritandis ordinibus (quamvis Tigerström hunc effectum legi Iuliae deneget adscribendum: *Röm. Dotalrecht*, I, 67), postremo constitutione Severi et Antonini obligatio ascendentibus facta fuit dotandi descendentes. Quare innixi argumento contrario ex lege citata desumpto, quidam denegant extitisse obligationem dotandi emancipatam (Cf. Vinnio, *Select. Quaest.* II, 14). Alii e contra affirmant, citantes l. 5, 12, XXIII, 2; l. 7 C. V, 11. Ceterum libenter admittitur, quod huiusmodi obbligatio favore emancipatae tunc solum adfuerit, cum nulla vel non sufficientia bona mulier habuisset.

Ex l. 12, 3 XXVI, 7 oritur alia quaestio. Nam quidam obligationem dotandi volunt subsidiarie adscribere fratri relate ad sororem ex eodem patre natam.

(d) Gravissima controversia inter Doctores adest, an generalis et incerta promissio dotis inutilis omnino esset, variaeque opiniones existunt (Cf. Arndts-Serafini, *Pand.*, 397, n. 3).

Qui affirmant validam fuisse, pluribus innituntur fragmentis et legibus (Cf. ll. 60; 69, 4, XXIII, 3; l. 3 C. V, 11; l. 4 C. V, 12).

Qui negant validitatem, explicant diversimode argumenta allata. Iuxta eosdem dotis promissio ab extraneo vel ab ipsa muliere facta, nulla re aut quantitate demonstrata, nullius erat valoris (l. 1 C. V, 11); quod si generali dotis promissioni per mulierem extraneumve factae additum esset, eam boni viri arbitratu praestandam fuisse, tunc dubium non erat quin tali ex promissione dos congrua, arbitrio viri boni definienda, peti posset; uti et si promisisset se daturum quodcumque arbitratus fuisset, cum ita viri boni arbitrium intelligeretur promissioni insertum (l. 3 C. V, 11). Sed et si pater mulieris dotem sine certa quantitate promisisset, etiam non adiecto arbitrio boni viri, dotem pro modo facultatum patris ac dignitate mariti constituendam fuisse (l. 69, 4, XXIII, 3).

---

(2) Manca Leoni, *L' orig. stor. dell' obbligo di dotare in dir. rom.* (in *Arch. Giur.* XLVII) — Cf. Favenc, *De la constitution de dot par un ascendant en droit rom.*, Bordeaux, 1889 — Circa redotationem: Conradi, *De patre filiam, quae dotem amisit, iterum dotare non cogendo* — Zimmern, *Es gibt keine gesetzliche Pflicht zur Redotation* (in *Arch. f. civil. Prax.* II.)

(3) Arndts, *Die lex Maenia de dote* (in *Zeitschr. f. R. G.*, VIII) — Cf. Cogliolo, *Quaestiones vexatae* (in *Arch. Giur.* XXIX).

Femina vero sui iuris aut ipsa bona conferebat in dotem aut alium inveniebat qui pro ipsa conferret.

Dos quae in virum ab ascendente feminae proficiscebatur appellata fuit *profectitia* (4); secus *adventitia*. Dos quae viro cessisset una cum pacto ut soluto matrimonio redderetur, appellata fuit *receptitia;* secus, *non receptitia*. Denique dos, cuius res aestimatae fuerunt in traditione ut potius valor earum marito daretur, appellata fuit *aestimata;* secus, *non aestimata* (5).

XVI.

Ad dotis rectam constitutionem (a) prima conditio erat matrimonium validum, sine quo onera, pro quorum sustentatione constituebatur, concipi non poterant.

Praeterea adesse oportebat ille qui vel directe per se vel indirecte per aliam personam delegatam (1) dotem constitueret; nec non obiecta sive mobilia sive immobilia; denique forma (b) sub qua dos assignabatur (2). Interdum adiici poterant pacta specialia (c), dummodo dotis naturam haud anteverterent (3).

(a) Constitutio dotis distingui debet ab enumeratione (Gai. I, 178; Ulp. XI, 21; ll. 36; 61 pr., XXIII, 3; l. 5, XXIV, 3; l. 10, 4, XLII, 8, de constitutione loquuntur; l. 81, XVII, 2; l. 41, XXIV, 3, de numeratione dotis). In datione dotis insimul concurrebat enumeratio dotis cum eiusdem constitutione.

Numeratio fiebat vel mancipatione, vel in iure cessione vel etiam simplici datione (Gai. II, 63).

(b) Inter tres formas constitutionis dotis, dictionem, promissionem, dationem (quae iam tempore legis Iuliae de maritandis ordinibus omnes insimul extabant: cf. l. 3 C. Th. III, 12) quaenam prior fuerit, satis non constat.

Voigt, qui putat stipulationem solummodo post legem Calpurniam ortam esse, vetustiorem fuisse ait formam *dictionis*. Alii affirmant utramque formam, nempe *dictionem* et *dationem*, primitus in unam coaluisse, ita ut dos daretur cum praecedenti solemni dictione; omissa deiu datione aut mancipatione, tunc simplex forma *dictionis* remansit seorsum.

Pariter non una sententia est circa actionem ex *dictione* descendentem: vel admittitur actio dotis, vel condictio (Cf. l. 1 C. V, 12).

Quaestio agitatur an tacita quoque conventione dos constitui posset. Iamvero, unico casu excepto de matrimonio cum eodem viro redintegrato, in quo tacita admittebatur dotis constitutio (ll. 30; 31; 40; 64, XXIII, 3), videtur negandum esse iuxta generales regulas, quae requirebant dotem legitimo aliquo modo constitui, ita ut non praesumeretur, sed probatione indigeret.

(c) *Pacta dotalia* (l. 4 C. V, 14) — *pacta conventa* (ll. 3; 12, 1; 19; 32, XXIII.

(4) Sagot-Lesage, *De la dot profectice en droit rom.*, Paris, 1857 — Dolpire, id., Paris, 1864.

(5) Czyhlarz, *Beitr. zur Lehre von d. Dos aestimata* (in *Zeitsch. Geissen*, N. F. XX).

(1) Meyerfeld, *Nachtrag über Delegatio dotis causa* (in *Rhein. Mus.*, VII) — Cf. Grueber, *Versuch einer Erklärung d. l. 9, 1 D. de iure dotium*, Münch., 1874.

(2) Bechmann, *Ueber d. sogenan. Dos tacita* (in *Iahrb. von Bekker*, V.).

(3) Prou, op. cit. XV, n. 1 — Boyer, *Des pactes dotaux*, Toul., 1870.

Quoad personas iam diximus quod quidam necessario, quidam voluntarie ad dotem constituendam concurrebant (4). Quoad obiecta generatim dicendum est quod quidquid in dotem venire poterat per quod patrimonium mariti augeatur. Quoad formam iure romano triplici modo assignabatur dos, nempe per *dictionem, promissioneu, dationem* (5).

Quandocumque dos data fuisset iam nihil amplius desiderabatur ut munere suo fungeretur; nisi dein evicta esset, (d) (e) quia in hoc casu maritus poterat interdum habere ius regressus (6). At si dos

4) — *pacta* (ll. 1, 1; 7; 12, ib.) — *pactiones* (l. 20 pr. ib.) — *conventiones* (l. 4 ib.) — *leges dictae* (l. 7 ib.; l. 10 C. ib.)

(d) Nulli dubium quod marito evictio dotis competeret contra constituentem quandocumque dos dicta aut promissa fuerit. Ratio erat quod non intelligebatur dictio aut promissio suum plenum habuisse effectum, si obiectum dotis non transiisset revera in potestatem mariti (l. 98 pr., XLVI, 3. Cf. l. 29, 3, XXXII; ll. 20; 46, ib.; l. 8 C. VII, 45).

Quaestio exurgit an evictio competeret ex datione dotis. Iam hic extra controversiam ponendum est, quod iure iustinianeo certa est affirmativa sententia. Cum enim hypotheca concessa fuerit in omnibus casibus constitutæ dotis pro rebus dotalibus evictis (l. un. 1 C. v, 13), patet quod etiam in dotis datione evictio semper praestanda esset.

At controversia viget circa ius anteiustinianeum. Omnes autem admittunt quod si constituens fuisset in dolo, vel dos aestimata venditionis causa data fuisset, evictio praestanda erat in dotis datione. Extra hos casus difficultatem facit l. 1 C. v, 12, in qua imperatores Severus et Antoninus evictionem concedunt etiam in datione rei dotalis, si *pollicitatio vel promissio fuerit interposita.* Quidam dicunt quod hic casus intelligendus est, quando dos dicta aut promissa fuisset (ita Bechmann, Czyhlarz, Windscheid); quidam alii, quando intercesserit in datione pactum de evictione praestanda.

Animadvertendum est quod huiusmodi actio, quae marito competebat pro rebus evictis, tunc nasci debuit cum dos amiserat veterem naturam lucrativam. Usquedum maritus censebatur dotem lucrari, evictio concipi non poterat; introductis vero cautionibus rei uxoriae pro dotis restitutione, maritus debebat habere pariter cautionem pro rebus dotalibus evictis.

(e) Quaeritur num mulieri competeret ius redotationis in casu quo res dotales fuissent evictae. In sententia illorum, qui affirmant, si casus esset de constituente qui ex iure tenebatur ad dotem constituendam, veluti concursus habebatur mariti et uxoris: maritus pro dote evicta agere poterat de ipsa evictione; uxor agere poterat de redotatione. Duplex tamen discrimen inter haec duo concurrentia iura. Pro rebus evictis marito dabatur vera actio; mulieri pro obtinenda redotatione dabatur cognitio extraordinaria — Item maritus habebat ius ad id quod intererat quominus dos non evinceretur; redotatio e contra minor esse poterat dote priori, si minus dives constituens interea factus esset.

Alii e contra dicunt quod si dos sine culpa constituentis (ad dotandum obligationem habentis) constante matrimonio amissa esset, mulier non habebat ius ut iterum dotaretur; nam con-

(4) Lallier, *De la nature de la constitution de dot en droit rom.*, Dijon, 1889. — Cf. Favenc, op. cit. XV, n. 2.

(5) Meykow, *Die Diction d. röm. Brautgabe*, Dorpat, 1850 — Czyhlarz, *Die Dictio dotis* (in *Zeitsch. f. R. G.*, VII) — Meyerfeld, *Ueber die Verantwortlickeit d. Ehemanns in Bezug auf eine ihm versprochene Dos oder in Dotem gegebene Forderung* (in *Rhein. Mus.* VII) — Circa legatum dotis: Grivaz, *Étude sur le légs de dot en droit rom.*, Paris, 1894.

(6) Cogliolo, *Quaestiones vexatae de dotibus in iure romano* (in *Arch. Giurid.* XXIX).

solummodo promissa vel dicta fuisset, tunc ulterius requirebatur ut traderetur cum effectu; nimirum, praeter constitutionem requirebatur *numeratio dotis*.

XVII.

Dote constituta et numerata, maritus res dotales in bonis suis habebat (1), suosque fructus faciebat (a). Totius patrimonii familiaris

stituens suae iam satisfecerat obbligationi.

An vero dotationis obligatio se extenderet ad ulteriores nuptias, communiter distinctio fit; vel dos in priori matrimonio constituta post eiusdem dissolutionem ex legis dispositione ad constituentem patrem vel avum rediit, et tunc filiae iterum nubenti pater tenebatur de novo dotem constituere, et quidem in eadem quantitate, nisi admodum medio tempore patris substantia decreverit; vel dos apud filiam remansit, et tunc, cum filia posset de suo sibi dotem constituere, cessabat dotandi onus in patre (Glück, Sintenis, Vangerow).

(a) Inquiritur penes quem coniugem esset rerum dotalium dominium. Gravissima haec quaestio quae veteres recentioresque romani iuris doctores in multas adduxit sententias.

Certum est hic non agi de dote venditionis causa aestimata (l. 6 C. v, 12), neque de dote, quae in rebus fungibilibus consisteret (l. 42, xxiii, 2). Quoad alias res distinctio fiebat penes veteres inter dominium civile penes maritum, et dominium naturale vel dormiens penes uxorem (Ita Vinnius, Voetius, etc. innixi l. 30 C. v, 12). Hac tamen distinctione seposita recentiores dividuntur in tres scholas: prima eorum qui tenent dominium penes maritum extitisse (Windscheid, Maynz, Schupfer, et maior doctorum pars): altera eorum qui tenent extitisse penes uxorem (Tigerström, De Crescenzio); tertia eorum qui vel dominium penes ipsam familiam, uti ens per se existens, fuisse contendunt (Brinz, Scheurl), vel non agi de dominio sed de iure quodam speciali (Cogliolo), vel fatentur quaestionem solvi non posse.

Quod difficultates innumerae exurgant ex ipsis fragmentis iuris, denegari non potest. ICC. romani ipsi quidem dubitabant (Cf. ex una parte Gai. ii, 63; Frag. Vat. 269; ll. 7, 3; 9, 1, xxiii, 3; l. 13, 3, xxiii, 5; l. 23 C. v, 12 — ex altera, l. 3, 5, iv, 4; l. 71, xxi, 2; l. 75, xxiii, 3; l. 4, xxxvii, 6); imo interdum inter duas sententias non raro versati fuerunt (Cf. l. 47, 6, xv, 1; l. 71, xxi, 2). Hinc est quod argumenta ferri possent tam pro sententia quae marito favet, quam pro illa quae favet uxori.

Revera, quoad maritum:

a) dominium eidem attribuitur (cf. ll. cc., nempe Gai. ii, 63; Frag. Vat. 269; ll. 7, 3; 9, 1, xxiii, 3; l. 13, 2, xxiii, 5; l. 23 C. v, 12).

b) ius utendi fruendi (ll. 7 pr., 10, 3, xxiii, 3; ll. 7, 14; 67, xxiv, 3; l. 20 C. v, 12; l. un., 9 C. v, 13).

c) fructus ex dotalibus servis (l. 45, 1, xxix, 2), necnon in genere omnes rerum dotalium fructus (Paul. ii, 22, 1; l. 7, 9, xxiv, 3; l. un. 9 C. v, 13. Cf. l. 78, 2, xxiii, 3; ll. 7, 1; 11, xxiv, 3).

d) actiones, quae domino competebant (vindicatoria, l. 24, xxv, 2; l. 63, xlii, 1; l. 9 C. iii, 32 — publiciana, l. 3, 1, vi, 1; cf. l. 13 pr. ib. — condictio furtiva, l. 24, xxv, 2; cf. Gai. iv, 4 — actio legis Aquiliae, l. 18, 1, xxiv, 3 — furti, l. 49, 1, xlvii, 2; l. 11 C. v, 12 — communi dividundo, l. 78, 4, xxiii, 3; l. 2 C. v, 23.

e) potestas usucapiendi pro dote (Gai. ii, 63; l. 13, 1, v, 3; ll. 3, 1; 12 pr., vi, 2; l. 7, 3, xxiii, 3; D. xli, 9; C. vii, 28. Cf. l. 6 xxiii, 3), vel pro suo si dos ante matrimonium data fuisset (Frag. Vat. 111; l. 1, 2, xli, 9); item potestas servos dotales manumittendi (ll. 61-65,

(1) Vuillaume, *Des droits du mari sur les biens dotaux*, Dijon, 1889 — Calvino, *Del dir. di proprietà nell' uxor sulla dote durante il periodo classico del dir. rom.*, Palermo, 1894 — Cf. Cogliolo, op. cit. XVI, 6.

administratio penes ipsum residebat, ita ut si quid uxor penes se haberet, tamquam a marito profectum praesumeretur. (b) Attamen maritus non omnimodam disponendi facultatem habebat; (c) nam, praeter obligationem praestandi saltem illam diligentiam quam in rebus suis solitus erat, facultas eius coarctabatur (d) circa alienationem immobilium (2) (e). Interdum tamen dos in matrimonio aliquas immutationes admittebat (3).

xxiv, 3; l. 14, 2, xlviii, 10; l. 3 C. v, 12; l. 7 C. viii, 8).

Quoad uxorem vero notandum quod pluribus in locis eidem dominium dotis attribuitur, actio vindicatoria adversus extraneos penes quos inveniretur dos alienata a marito in probitionem legis Iuliae, actio ex empto ad res dotales evincendas quas ipsa emisset quaeque evictae dein fuissent, potestas tandem repetendi dotem quam maritus male administrasset (Cf. ll. cc. superius, nempe l. 3, 5, iv, 4; l. 71, xxi, 2; l. 75, xxiii, 3; l. 4, xxxvii, 6; item l. 16, xi, 7; l. 30 C. v, 12). Nec praetermitti potest quod dos appellabatur absolute *res uxoria* (Rub. C. v, 13).

(b) Quidquid mulier constante matrimonio adquisiisset, praesumebatur a marito profectum. Huiusmodi praesumptio appellata fuit *Muciana*, quia a Q. Mucio inducta (l. 51, xxiv, 1).

(c) Iustinianus prohibuit alienationem fundi dotalis etiam muliere consentiente (l. un. 15 C. v, 13): sed dein in Nov. 61 ipsam concessit quando marito aliae res adessent, ex quibus mulieri satisfieri posset.

Quamvis doctores plurimum disceptaverint circa iura quae ex legibus impedientibus alienationes marito competebant in bonis dotalibus (de qua re fuse Vinnius), tamen communiter ab omnibus admissum fuit quod sola alienatio immobilis fuerit prohibita.

Attamen circa res mobiles dotales extat l. 30 C. v, 12, iuxta quam Iustinianus concessit mulieri ut res dotales quascumque, etiam mobiles, vindicare posset soluto matrimonio; et hoc sive aestimatae sive inaestimatae fuissent. Quod sane absurdum iuridicum praeseferre videtur; non enim concipi potest quomodo concessa fuerit actio in rem mulieri quoad res, quas maritus alienare poterat. Verum quidem est, quod aliqui doctores legem ita interpretati sunt quasi ageretur de rebus, quae penes maritum adhuc extarent; sed huiusmodi explicatio ab aliis non recipitur.

(d) Hinc lex de fundo dotali. Quaenam fuerit haec lex, liquido ex fontibus iuris erui non potest. Iuxta Gai. ii, 63; Paul. ii, 21 b (cf. pr. i. ii, 8; ll. 4; 16, xxiii, 5) pertinebat ad legem Iuliam de adulteriis. Iuxta ll. 1 pr.; 3 pr.; 4, xxiii, 5 videretur fuisse lex specialis. Nec deest argumentum, ut legibus Iuliae et Papiae Poppeae possit attribui.

(e) Quaestio exorta est, an praeter alienationem lex Iulia de fundo dotali hypothecam etiam fundi dotalis revera prohibuerit. Veteres doctores innixi l. 4, xxiii, 5 et l. un., 15 C. v, 13 (cf. pr. i. ii, 8) communiter retinuerunt legem Iuliam non solum alienationem invita uxore, sed et hypotecam fundi dotalis etiam ipsa consentiente prohibuisse. Verumtamen inter recentiores dubitari coeptum est, an revera lex Iulia etiam

---

(2) Sincholle, *De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière en droit rom.*, 1867 — Lévy-Alvarès, *De la protection de la dot pendant le mariage*, Paris, 1888 — Bétoland, *De l'inaliénabilité de la dot*, Paris, 1891 — Regnault. id., Paris, 1894 — Speciatim circa fundum dotalem: Demangeat, *De la condition du fond dotal en droit rom.*, Paris, 1860 — Czyhlarz, *Das Veraüsserungsverbot d. Fundus dotalis* (in *Zeitschr. f. Civilr. u. Pra.* N. F. XXII) — Cf. Lanterbach, *De fundo dotali* — Circa dotem mobilium; Sincholle, op. cit. sup. — Paule, *De la condition de la dot mobilière de le femme pendant le mariage en droit rom.*, 1870 — Court, *De la condition de la dot mobil. sous le régime dotal*, Paris, 1895 — Circa ius mariti vindicandi res alienatas: Fitting, *Können veräusserte Dotalgrundstücke durch den Mann selbst während d. Ehe vindicirt werden?* (in *Arch. f. civ. Prax.*, XLII).

(3) Toussaint, *Des modifications que la composition de la dot pouvait subir à Rome pendant le mariage*, Dijon, 1872.

Uxor autem socia viri sui etiam in possessione rerum dotalium censebatur, quia maxime ipsius intererat ut dos recte custodiretur (4) (f); ad quem finem consequendum interdum fieri poterat ut constante quoque matrimonio peteret sibi restitutionem (5).

XVIII.

Post dissolutionem matrimonii dos, generatim loquendo, restitui debebat (1), quia cessabat causa cur fuerat constituta (a). Ad hanc restitutionem obtinendam nonnulla remedia (b) iure romano inducta

hypotecam prohibuerit, eo praecise quia dubitari coeptum est de origine iuris hypotecarii. Sunt enim qui putant tempore legis Iuliae hypothecam nondum cognitam romanis fuisse (Bachofen); quare in l. 4 cit. agnoscenda esset duplex manus, adeo ut verbum *obligare* tamquam interpolatum haberi debeat et ab ipsis Pandectarum collectoribus suffectum in locum aliorum verborum *invita muliere*, quae in textu genuino aderant, et sublata fuere ut haec ipsa lex cum l. un., 15 C. v, 13 componeretur.

Sed huiusmodi sententia paucos habet sectatores, et potius rursus praevalet veterum sententia, qua retinetur initio imperii cognitum iam fuisse romanis ius hypothecarium, legemque Iuliam revera non solum alienationem, sed et hypothecam prohibuisse.

(f) Quod maritus fundum a se alienatum constante matrimonio vindicare posset, non est apud omnes doctores pacificum (Cf. Fitting, *Arch. Civ.* XLII, 8, 2).

Sed affirmativa sententia communis est. Sane, si alienatio, lege prohibente, a marito facta ipso iure nulla erat, maritum profecto adhuc alienati fundi dominum permansisse manifestum est. Quare alienatum fundum vindicare a quocumque possessore, etiam constante matrimonio, ab eo quoque qui fundum emisset, procul dubio poterat. Vangerow (*Pand.*. 217 n. 3) concedit emptori ius ad plenam evictionem adversus maritum; quod utique admitti potest in casu quo emptor nesciisset qualitatem fundi empti.

(a) Quae de lege Maenia de dotibus penes interpretes disceptantur valde incerta sunt. Nam neque de existentia huius legis circa dotem inter omnes convenit.

Communiter tamen animadvertitur quod impossibile esset non admittere inter divortium Sp. Carvilii Rugae et annum quo latae sunt leges Iulia et Papia Poppaea (sub quarum influxu praedictum institutum evolutum fuit et dein sub Iuliano perfectum) ut aliqua lex extiterit, quae de iure dotali rationem habuerit. Revera, post divortium Sp. Carvilii fere omnes admittunt ortum habuisse cautiones rei uxoriae ad casum praecavendum quo vir arbitrio suo dimitteret patri filiam suam omnibus bonis spoliatam, quae in matrimonium attulerat. Iamvero huiusmodi cautiones nonnisi legi alicui tribuendae videntur. Praeterea, medio quoque tempore praedicto elaboratae fuerunt retentiones propter mores mulieris; retentiones quae dein extensionem habuerunt respectu viri ope legum Iuliae et Papiae. Lex Maenia denique fortasse induxit morem quod dos annua bima, trima solveretur.

In hac sententia lex Maenia lata fuit tempore T. Maenii (consule Liv. XXXIX, 8 et 18).

(b) Controvertitur circa actionis rei uxo-

(4) Gallemand, *De la protection accordée à la femme pour la conservation et la restitution de sa dot*, Paris, 1854 — Lévy-Alvarès, op. cit. sup. n. 2 — Gerardin, *De la garantie de la dot en droit rom.*, Paris, 1896.

(5) Cortyl, *De la restitut. de la dot durante le mariage*, Paris, 1869 — Francke, *Die Rückzahlung d. Dos wärend d. Ehe nebst Bemerk. über Schenkungen unter Ehegatten* (in *Arch. f. Civil. Prax.* XVII, XVIII).

(1) Sternberg, *Lehre v. d. Restitution der Dos nach aufgelöster Ehe*, Bresl., 1880 — Genet, *De la restit. de la dot*, Mayenne, 1894 — Francke, *Vom Rückfalle d. profecticia dos* (in *Arch. f. civil. Prax.*, XXVI).

fuerunt (2), nisi ille, qui restitutionis obligationem haberet, dotem non fuisse numeratam obiecisset (3).

Res dotales vel earum pretium (c), iuxta diversam naturam dotis, in restitutionem veniebant. Aderant tamen plures retentiones (d); nam aequum erat quod tum expensae solverentur, quas dos requisiisset pro recta administratione, tum damnum reficeretur, quod causa dotis allatum fuisset (4). Neque verum obiectum tantummodo principale,

riae originem. Sunt qui ex quasi contractu deducunt ad imitationem actionis negotiorum gestorum aut tutelae.

Si audiamus Gellium (IV, 3) actio rei uxoriae simul cum cautionibus rei uxoriae initium habuit tempore divortii Sp. Carvilii Rugae. Utrum vero actio praecesserit an cautio, non est manifestum. Communiter admittitur praecedentia cautionis, quamvis dein disputetur de modo.

Nam iuxta quosdam actio connexionem habebat cum cautione, a qua imo descendebat; iuxta alios, actio nullam prorsus cum cautione connexionem habebat, sed ad eiusdem imitationem in casu solutionis matrimonii per divortium primitus inducta (scilicet olim matrimonii cum manu; et progressu temporis etiam matrimonii liberi), dein ad casum solutionis matrimonii per mortem mariti fuit extensa.

Actio rei uxoriae tamquam famosa traducitur a nonnullis ad imitationem actionis tutelae, pro socio, mandati etc.

(c) Res, quae in dotalium locum substituebantur, e. g. quia maritus dotali pecunia fundum emerat, an fierent et ipsae dotales, duplex est sententia.

Quaestio non respicit casum, quo mulier ipsa consenserit atque eidem emptio utilis esset; nam tunc mulieris nomine emptio facta dici poterat, et vera erat subrogatio, qua posita res fiebant dotales (ll. 26; 27; 32, XXIII, 3); sed respicit casum, quo sola mariti voluntate emptio fieret.

Iamvero qui affirmant nituntur l. 54, XXIII, 3 et l. 22, 13, XXIV, 3.

Qui negant, in primis generalis iuris regulas invocant, ex quibus constat rem non fieri eius, ex cuius nummis comparata, sed eius, cuius nomine exceptio facta fuerat. Dein afferunt l. 32 C. V, 12. Postremo respondent argumentis allatis, scilicet ICC. in fragmentis praecitatis non de iure sed de effectu locutos fuisse. Aliquando enim idem erat effectus rei ex pecunia dotali comparatae, ac rei vere dotalis; quare *dotales videbantur*, vel erant *quasi dotales*. Id tunc praecise verificabatur, cum de restitutione dotis ageretur: favore enim mulierum inductum fuerat dotale privilegium in vindicandis non solum rebus dotalibus, sed etiam aliis ex dote comparatis (Cf. Ceneri, Lezioni sui temi del *ius familiae*, Bologna, 1881; et *Arch. Giurid.* XXVIII).

(d) Principium erat quod impensae necessariae ipso iure dotem minuerent. At inter ICC. plurimae quaestiones hac de re agitabantur (Cf. l. 56, 3, XXIII, 3; l. 5 pr., 1, 2, XXV, 1).

(2) Gallemand, op. cit. XVII, n. 4 — Despres, *Garanties accordées à la femme pour la restit. de sa dot*, Paris, 1866 — De hac eadem re: Mascaux, 1866 — Labadie — Lagrave, 1867 — Bernard, 1868 — Parmentier, 1874 — Boulay, 1874 — Prostiropulos, Dijon, 1888 — Speciatim circa actionem rei uxoriae: Esmein, *La nature originelle de l' action* REI UXORIAE (in *Nouvelle Révue hist. de droit franç. et étrang.*, XVII).

(3) Heimbach, *Wesen d.* QUERELA NON NUMERATAE DOTIS, *und ihrer Beziehung auf die* EXCEPTIO NON NUMERATAE DOTIS. *Erörterung d. Frage ob die Nov. 100 auf d.* EXCEPTIO NON NUMERATAE DOTIS *zu beziehen sei* (in *Zeitschr. von Giessen*, XVI).

(4) Schenck, *Lehre v. Retentionsrecht*, Iena, 1837 — Luden, *Das Retentionsrecht*, Leipz., 1839 — Groskopff, *Lehre v. Retentionsrecht*, Oldenb., 1858 — Laugfeld, *Lehre v. Retentionsrecht nach gemeinem Recht*, Rostock, 1886 — Iaroczynski, *Begriff d. Retentionsrechts*, Berlin, 1888 — Gand, *Des rétentions ex dote*, Paris, 1889 — Lagarrigue, *Des rétentions ex dote*, Toul., 1891 — Bicci, *Dei lucri dotali* (in *Arch. Giurid.* XIX) — Speciatim circa impensas: Hermand, *Des rétentions exercées par le mari sur la dot à raison des ses impenses*, Paris, 1854 — Mayer, *Dig. de iure dotium l. 56, 3 interpretatio*, Tub., 1859.

sed etiam omnes accessiones restitui debebant, ratione facta circa fructus anni posterioris (e) adeo ut pro rata inter partes dividerentur (5).

Tempus erat praefinitum restitutioni, ultra quod et actiones et etiam privilegia mulieri comparabantur in concursu aliorum creditorum mariti. Maritus autem beneficio competentiae gaudebat (6): quod beneficium generatim accomodabatur omnibus casibus, in quibus agendum esset sive inter coniuges ipsos sive cum ascendentibus eorum.

XIX.

Attenta causa cur dos introducta fuerat, nempe pro oneribus matrimonii sustinendis, moribus admissum quoque est, ut maritus aliquid specialiter in eumdem finem conferret (a).

Quapropter olim sponsus ex mera liberalitate coepit tradere munera ante nuptias propriae sponsae. Cum vero hic mos naturam obligationis iuridicae induerit, cumque non solum ante nuptias, sed etiam constante matrimonio donationes huiusmodi permissae fuerint, nomen inductum est donationis propter nuptias (b).

(e) Quomodo computaretur divisio fructuum dotalium pro anno postremo dissoluti matrimonii difficultas oritur penes interpretes. Celeberrima est l. 7, 1, XXIV, 3, quae ingenia exagitavit.

Annus dotalis incipiebat a die numeratae dotis, vel, si dos tradita fuisset ante nuptias, quando matrimonium contraheretur (ll. 5; 6, XXIV, 3).

(a) Olim quae dona sponsus in sponsam conferebat (cf. l. 5, 1 C. Th. III, 5), dotis naturam veluti habebant (l. 3 C. V, 3). Generatim loquendo restituebantur (ll. 1; 14 C. V, 3; l. 5, 1 C. V, 9; Nov. Theod. XIV, 3); exceptionaliter donatio a muliere restitui non debebat, et tunc in dominio eius perseverabat, sive matrimonium contractum fuisset (ll. 8; 9; 12; 13 C. V, 3; l. 2 C. Th. III, 8), sive contractum non fuisset culpa ipsius sponsi (l. 2 C. Th. III, 5), aut casu (Frag. Vat. 262; l. 1, 1, XXXIX, 5; ll. 2; 10; 11; 15 C. V, 3; l. 2 C. Th. III. 5).

Progressu temporis exceptio effecta est veluti regula: donatio generatim non amplius restitui debebat.

(b) *Donatio ante nuptias:* haec appellatio iuxta doctores communis evasit in fine saeculi V (l. 29 C. III, 28; l. 18 C. V, 3; l. 9 C. V, 14; l. 17 C. VI, 20). Antea, una cum praedicta (l. 8 C. V, 17; l. 13 C. Th. III, 5; l. 3 C. Th. III, 7; Nov. Theod. 14, 1), aliae appellationes passim usurpabantur: *sponsalia* (l. 2 C. V, 9; l. 1 C. Th. III, 8; Nov. Valent. 34, 8, 9; Nov. Severi, 1) — *sponsalium iure, nup-*

(5) Hasse, *Comm. de variis eorum sententiis, qui in explan. l. 7, 1 sol. matrim. vulgatam interpret. reliquerunt,* 1827 — Arnold, *Comment. ad l. 7, 1 sol. matrim. XXIV, 3,* Berolini, 1850 — Hasse, *Wie werden die Früchte d. Dos aus dem letzten Iahre beim Schluss d. Ehe zwischen dem der dieselbe zurückfordern u. dem der sie zurückzugeben hat, vertheilt?* (in *Rhein. Mus.* II) — Lotmar, *Die Vertheilung d. Dosfrüchte nach Auflösung d. Ehe* (in *Iherings Iharb.*, N. F. XXI) — Bonfante, *La divisione dei frutti dotali allo scioglimento del matrim. nel dir. rom. e nel dir. civ.* (in *Riv. Ital. per le Scienze Giurid.* XX).

(6) Circa doctrinam beneficii competentiae Cf. Wunsch, *Zur Lehre vom Beneficium competentiae,* Leipz., 1897 — Pampaloni, *Sulla teoria del benef. compet. nel dir. rom.* (in *Studi Giurid. dedic. e offerti a F. Schupfer,* Torino, 1898).

Donatio propter nuptias (1) ergo erat veluti contraria dos, quae iisdem regulis, mutatis mutandis, ac ipsa dos mulieris subiiciebatur. Maritus hanc quoque administrabat (c).

XX.

Tandem, praeter bona de quibus hucusque diximus (1), in matrimonio considerari poterant quae mulier sibi retinuisset specialiter, quaeque *parapherna* (2) dicebantur; item quae coniugi ex alterius donatione constante matrimonio obvenissent (3) (a).

tiarum solemnitate percepta (l. 3 C. v, 9; l. 2 C. Th. III, 8) — *sponsalium titulo data, donata* (l. 2 C. Th. III, 5) — *sponsalitia largitas* (Nov. Maiorani, 6, 8) — *res ante nuptias donatae* (l. 1 C. v, 10; l. 1 C. Th. III, 9) — *donatio quam sponsa percepit* (l. 2 C. Th. III, 16).

(c) Quemadmodum de dominio dotis, pariter de dominio donationis propter nuptias quaestio est. Communiter doctores attribuunt mulieri (innituntur l. 6 pr. C. v, 9; l. 29 C. v. 12; ll. 1-3 C. vi, 61; l. 4 C. viii, 37; l. 1 C. Th. III, 9; l. 1 C. Th. viii, 19; Nov. Th. xx; Nov. Iustin. 61, C. 1. 1; Nov. 97 C. 6); alii attribuunt marito (innituntur l. 29 C. III, 28; l. 18 C. v, 3; ll. 9; 10 C. v, 14).

Certum tamen est quod penes maritum, uti patremfamilias, administratio residebat; nisi in inopiam vergeret, quia tunc mulier sibi administrationem petere poterat (l. 29 C. v, 12; Nov. 97, C. 6).

(a) Donationes ante legem Cinciam inter coniuges libere admissas fuisse, sunt qui affirmant, et sunt qui negant.

---

(1) Godet, *De la donation propter nuptias*, Paris, 1857 — Schott, *Die donatio propter nuptias*, Mannheim., 1867 — Cruesemann, *De donationibus, p. n.*, Berolini, 1869 — Rané, *De vera indole donationis p. n. rom.*, Iena, 1872 — Laroque, *Le don du fiancé à Rome et dans les Provinces rom. avant Iustinien*, Toul., 1898 — Francke, *Ueber die donatio p. n.* (in *Arch. f. civil. Praxis*, XXVI) — D' Hauthuile, *De la donation a cause des nôces en droit rom.* (in *Révue de législ.*, VIII, IX) — Scripserunt pariter, Förster, Wratisl, 1812; Koch, Lips., 1828; cf. *Arch. f. civil. Prax.* IX, XIII; *Révue des Rév. de droit*, II, III, VII, XXVI. — Speciatim circa historiam: Brandileone, *Sulla storia e la natura della donatio p. n.*, Bologna, 1892 — Circa naturam et finem: Burchardi, *Ueber d. Zweck d. donatio p. n.* (in *Arch. f civil. Prax.* IX — Cf. quoque alia opera Warnkönig, Löhr, Franche, ib., XIII, XV, XVI, XXVI).

(1) Generatim circa bona in matrimonio: Hasse, *Güterrecht der Ehegatten nach röm. Recht*, Berlin, 1824 — Mandry, *Das gemeine Familien-Güterrecht*, Tüb., 1876 — Camici, *Del regime patrimoniale nella famiglia Rom.*, 1882.

(2) Stark, *De bonis uxoris ex iuris rom. praesumptione non dotalibus sed paraphernalibus*, Gotting., 1798.

(3) Gentilis, *De donatione inter virum et uxorem*, Hann., 1604 — Rimasson, *Des donations entre époux en droit rom.*, 1867 — Keysser, *Das Verbot d. Schenkung unter Ehegatten nach röm Rechte*, Strassb., 1879 — Savigny, *Ueber l. 44 de donat. inter virum et uxorem* (in *Zeitschr. f. g. R. W.* I, et in *Vermisch. Schrift.* III) — Francke op. cit. XVII, 5 — Bremer, *Zur Lehre von Schenkungen unter Ehegatten* (in *Arch. f. civil. Prax.*, N. F. I. — Opus princeps) — Hac in re pariter scripserunt: Gauthier, Aix, 1868 — Hallo, Paris, 1870 — Chenel, Caen, 1873 — Circa historiam: Routry, *Essai sur l' histoire des donat. entre époux*, Paris, 1851 — Condogouris, *Histoire de la règle prohibitive des donat. entre époux*, Paris, 1867 — Alibrandi, *Ricerche sulla origine del dir. delle donaz. fra coniugi* (in *Stud. e doc. di stor. e dir.* XIII) — Circa confirmationem causa mortis: Puchta, *Ueber d. Convalescenz eines Schenkungversprechens unter Ehegatten* (in *Rhein, Mus.* VI — Alia opera: Wächter, Löhr, Francke, in *Arch. f. civil. Prax.* XVI, XVIII).

Iamvero prioris generis bona palam est nullam habuisse cum matrimonio relationem; de ipsis mulier pro libito disponebat. Alterius generis bona a romanis prohibita fuerunt propter periculum ne specie mutui amoris coniuges invicem spoliarentur. Quidam tamen excipiebantur casus, in quibus huiusmodi donationes inter coniuges admittebantur, vel quatenus ab initio validae censerentur, vel quatenus tractu temporis convalescerent (b).

DE IURE POTESTATIS

POTESTAS MARITALIS.

XXI.

In speciali familiae romanae constitutione (a) uxor duplicem conditionem habere poterat relate ad maritum. Vel erat socia eiusdem in consuetudine vitae, quin tamen familiam ingrederetur, adhuc in propria familia perseverans aut sui iuris existens; vel erat tamquam filia mariti proprii, cuius ingrediebatur familiam.

(b) Interpretatio SC. Severi (a. 206), quo donationes inter coniuges confirmabantur si donans, quin voluntatem suam retractaret, mortuus esset, quaestioni locum praebet. Quaeritur nimirum, an SC. non solum respiceret donationes realiter perfectas, sed promissiones quoque donandi. Difficultas oritur ex duobus fragmentis eiusdem Ulpiani: ll. 23; 32, 1, XXIV, 1, quorum in primo uti recta adprobabatur sententia Papiniani putantis SC. respexisse solummodo donationes traditione perfectas; in altero omnes donationes sub dispositione SC. venisse dicebantur.

Windscheid opinatur Ulpianum revera sibi contradixisse. Bremer e contra praebet solutionem historicam, asserens quod SC. Severi, latum anno ultimo vitae IC. Papiniani, respiciebat reapse solummodo donationes perfectas, et hinc l. 23; at dein iurisprudentiae ope ad omnes alias donationes SC. dispositio extensa fuit, et hinc l. 32, 1. Quam interpretationem extensivam Iustinianus suo tempore confirmavit.

Quidquid sit de hac difficultate in conciliatione fragmentorum, scriptores dividuntur in duas sententias: una, quae SC. ad donationes perfectas reducit (Vinnius, Pothier, Glück, Vangerow); alia quae ad omnes donationes extendit (Faber, Duarenus, Puchta, Savigny, Windscheid).

Alia quaestio exurgit ex lege 5, 5, XXIV, 1, quae contraria videtur l. 7, 4 ib., circa valorem donationis per contractum titulo oneroso simulatae.

(a) Qui in originem vetustam familiae subtiliter inspexerunt, eo tandem deventi sunt, ut quemadmodum temporibus posterioribus familiae fundamentum pater factus est, ita et priscis mater fuerit. Ergo systema familiare matriarcatus anteivit systemati patriarcatus.

Plurima instituta iuridica populi romani ex matriarcatu repetenda videntur, qui vigebat penes populum Hetruriae, unde processit tribus *Lucerum*, una ex iis, quae exordium Romae dedit. Hetruriae autem gens, iuxta Bachofen, ex Asia in Italiam descendit.

Secundum hanc sententiam in vetustissima societate primo viguit sexuum pro-

Potestas quam masculus sui iuris super personas sibi subiectas generatim exercebat, speciatim (b) in uxore *manus* (1) appellabatur, quae iis adquirebatur modis, quos superius retulimus de formis solemnibus loquentes quae interdum adiungebantur matrimonio penes romanos.

Ex manu plurima procedebant iura sive personalia sive patrimonialia (2). Iura personalia: quia maritus disponere poterat de uxore sub manu eo modo quo de ceteris in sua potestate constitutis; ius mancipandi ob noxae dationem (3), ius vitae necisque (c) etc. Non est tamen dubitandum quin aliquod interesset discrimen in exercitio iurium inter uxorem et coeteros subiectos potestati, quia uxor impri-

miscuitas; dein subsecuta est poliandria et cognatio ex parte mulieris tantum (*matriarcatus*); tandem praevaluit masculus (*patriarcatus*).

Alii e contra reiiciunt hanc doctrinam tamquam hypothesi penitus innixam. Neque huiusmodi hypothesis admittenda videtur, quia in constitutione familiae naturaliter semper praevalere debuit masculus; quod si contrarium interdum contigerit, id potius exceptioni quam regulae adscribendum. Ceterum, quod ad romanos spectat patriarcatum ab initio apud eos viguisse comprobant antiquiora instituta socialia, inter quae institutum gentilium.

(b) Hanc duplicem significationem *manus*, ut antiquis temporibus ad omnem patrisfamilias potestatem se referret, et dein ad specialem mariti super uxorem in matrimonio solemni, videtur primus Gans adnotavisse.

Manus revera se referebat et ad res corporales (Plaut. *Asin.*, I, 1, 72; *Mercat.*, II, 3, v. 444), et ad servos (unde *manumissio*). Minus late comprehendebat uxorem et filios (par. 6 i. I, 12; l. 1, 2 C. v, 40; Liv. III, 45; Tac. xv, 19; Gell. XVIII, 6).

Manus, potestas, mancipium, dominium facillime confundebantur.

In tutoribus et curatoribus quoque manus fuit recognita, scilicet potestas (Cic. *pro Muren.*, 12; *Rethor. ad Heren.* I, 13; Liv. XXXIV, 2, 7. Cf. l. 1 pr., XXVII, 10).

Qui *manum* seu potestatem maritalem una cum matrimonio confundunt, coguntur admittere quod olim non essent matrimonia libera iusta, sed haec fuisse veluti tot concubinatus.

(c) Circa jus vitae et necis in uxorem, quod videtur olim habuisse, consilio domestico praehabito, illius maritus cf. Dion. II, 25; Gell. x, 23; Liv. I, 58; XXXIX, 18; Valer. Max. II, 9, 2; VI, 1, 1; VI, 3; Tac. *Ann.*, II, 50; XIII, 32; Sveton. *Tiber.*, 35; Tertul. *Apolog.*, 6. Quamvis quorumdam praedictorum satis clara sint, alii negant hoc jus, sed potestatem mariti se porrexisse contendunt ad jus punitionis extra casum poenae capitalis; et citant Plin. *H. N.* XIV, 13 (14), ubi sermo est de equite qui cum occidisset uxorem, eo quia vinum biberat, fere puniebatur et ipse poena mortis.

Ius in uxorem animadvertendi evanuit initio imperii.

---

(1) Van Maanen, *De muliere in manu et in tutela secundum Gaii Inst. principia*. Lugd. Batav., 1823 — Eggers, op. cit. XI n. 5 — Hase, *De manu iuris rom. antiquioris*, Hal., 1847 — Denis, *De la manus et des incapacités spéciales aux femmes marieés*, Paris, 1868 — Salivas, *De la manus*, Toul., 1873 — Chauveron., id., Paris, 1888 — Couhe, id., Lille, 1888 — Muratori, *La condiz. civile delle donne: la manus nel dir. rom.* Firenze, 1889.

(2) Dor-Seiffen, op. cit. V n. 2 — Denis, op. cit. sup. — Gide, op. cit. V n. 2 — Cf. Gabba, *Condizione giuridica delle donne.*

(3) Zimmern, *System d. röm. Noxalklagen*, Heidelb., 1818 — Sell, *Das Noxalrecht d. Römer*, Bonn, 1879 — Schlesinger, *Die Noxalklagen wegen Personen in manu u. mancipio* (in *Zeitschr. f. R. G.* VIII) — Girard, *Les actions noxales* (in *Nouv. Révue histor. de droit franç. et étrang.*, 1887-8).

mis semper materfamilias considerabatur (d). Iura patrimonalia: quia maritus omnia quae uxoris erant sibi vindicabat, nec dos poterat concipi sed solummodo peculium (e) ad imitationem filiifamilias.

Praeter mortem, dissolvebatur potestas maritalis per manumissionem, per diffarreationem.

Haec quae diximus de uxore quae in manum mariti convenerat, locum non habebant in uxore quoad matrimonium liberum. Tunc inter coniuges illa iura tantummodo illaeque oriebantur obligationes, quae ipsa natura innuuntur.

POTESTAS PATRIA.

XXII.

Maxima patrisfamilias (a) potestas penes romanos (b): iuxta dignitatem personalem in praxi limitabatur, quia non erat conveniens ut filius eodem modo haberetur ac servile mancipium (1).

(d) Inter iura mariti quoad uxorem quam in manu habebat quidam illud recensent, ut posset ipsam alteri quoque commodare, et citant exemplum Catonis (Plut. *Cato,* 25, 52; App. *B. C.* II, 99; Strab. XI, 514; Quintil. III, 5, 11; X, 5, 13). Sed communiter id reiicitur:

Exemplum Catonis diversimode explicatur. Sunt qui negant veritatem facti, animadvertentes quod Catoni plurimi potentesque aderant inimici, quos inter ipse Caesar. Alii negant agi de matrimonio cum manu; adeo verum est ut Cato socerum suum interrogaverit. Alii contendunt quod matrimonium solutum fuit, et quod Marcus Philippus filiam suam Hortensio dedit, quo mortuo eam denuo sibi Cato in uxorem recepit.

(e) Praeter definitionem peculii a Tuberone datam in l. 5, 3, XV, 1, et confirmata in l. 6 seq., habetur definitio ethimologica penes Varr. *de l. l.*, V, 95 (Bruns, p. 55), et Festum, *Peculium.*

Peculii elementa duo erant: domini permissio et rationum separatio.

Mulier in manu poterat habere peculium proprium (l. 6, 4, XXXIII, 8. Consule Liv. V, 25; 50; VI, 4; Val. Max. V, 6, 8). Plerumque consistebat in quadam praestatione, quam vir singulis annis aut mensibus uxori faciebat; unde vocabula *annuum, menstruum* (ll. 15 pr.; 28, 6, XXIV, 1; l. 6, 4, XXXIII, 8. Consule Sen. *de clem.*, I, 15; *de benef.* I, 9). Et complectebatur mundum muliebrem (Liv. XXXII, 40; XXXIV, 7), ornamenta muliebria (l. 25, 10, XXIV, 2).

(a) Appellabatur *pater*, *dominus*, *herus* (Tab. IV, 2 penes Bruns, p. 22; l. 195, 2, L, 16. Consule Cic. *de off.* I, 39, 139). Uti vidimus, erat rex, sacerdos, censor morum (Macrob. *Sat.* I, 16, 7). A Seneca (*de benef.* III, 11, 2) vocatus est *magistratus domesticus.*

(b) Sunt qui analogiam inveniunt inter ius patriae potestatis et jus dominii. Alii e contra negant et afferunt plurima testimonia ex fragmentis desumpta (l. 1, 5, IX, 3; l. 38, 1, XLVIII, 2). Attamen tempora sunt distinguenda; nam fragmenta ad aetatem pertinent, in qua jus patriae potestatis penes Romanos satis circumscriptum erat, et principium praevalebat quod « patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere » (l. 5, XLVIII, 9). Ius vitae necisque iam abolitum (C. IX, 15; 17; C. Th. IX, 13; 15); jus vendendi aut exponendi filios reproba-

(1) Léderlin, *La puissance paternelle d' après lès principes du droit rom.*, Strasb., 1854 — Taudière, *Traité de la puissance paternelle,* Paris, 1898.

Filius subiiciebatur patrifamilias (2), in cuius potestate esset, sive quoad personam, sive quoad bona (c). Quoad personam: hinc iura vitae necisque (d), vendendi (e), noxae dandi (3) exponendi (4), uno

tum (l. 4, xxv, 3; l. 1 C. iv, 43; l. 1 C. vii, 6); publicae auctoritatis vigilantia super facultatem patriam poenas filiis irrogandi (l. 5, xxxvii, 12; l. 5, xlviii, 9; l. 3 C. viii, 47); neque concessa ipsa emancipatio filiorum sine ipsorum consensu (Paul. ii, 25, 5; l. 5 C. viii, 49; Nov. 89, C. 11). Tandem aevo iustinianeo disparuit necessitas quoque noxae dandi liberos (par. 7 i. iv, 8).

Ceterum vestigia veteris analogiae inter jus patriae potestatis et jus dominii in ipsis fontibus non desunt (Cf. l. 1, 2, vi, 1; ll. 14, 13; 38 pr., xlvii, 2).

(c) Incapacitas filiifamilias optimecum Puchta deducitur ex incapacitate iure romano habendi dominium. Inde deducuntur omnia, quae vel concessa vel prohibita ipsi erant. Nam:

1º Concedebantur ei iura inhaerentia personae, politica et civilia, necnon alia iura, quorum exercitium non implicabat dominii assertionem:

a) iura civitatis (l. 9, i, 6).

b) iura familiae.

c) ius commercii.

d) ius ut esset testis in testamento; procurator (l. 8 pr., iii, 3; l. 18, 1, v, 1); obligationes suscipiendi (l. 57, v, 1).

e) ius quoque agendi et poenam aliquam persequendi, quia in his actionibus principaliter punitio rei considerabatur. Hinc poterat proponere actionem popularem, actionem quoque iniuriarium et similes (l. 12, ii, 4; l. 8 pr., iii, 3; l. 22 pr., 1, v, 2; l. 13, 1, xliii, 24; ll. 17, 10; 28, xlvii, 10).

f) quod si concessae fuerunt actiones, quae dominii assertionem praeseferebant, nempe actio dotalis, commodati, depositi (l. 8 pr., iii, 3), ideo est quia filiusfamilias naturaliter possidere poterat ita ut actio in rem adversus ipsum admitteretur (l. 36, 1, v, 3). Quare aequum erat ut ei praestarentur actiones ad rem recuperandam; quod fortasse patris non intererat. Ceterum, uti diximus in parte prima, utebatur formula concepta in factum (l. 13, xliv, 7), vel praetor ipse diiudicabat cognitione extraordinaria (l. 17, xii, 2; l. 13, xliv, 7).

2º Denegabantur e contra iura, quorum exercitium dominii assertionem continebant e. g.:

a) ius testandi (Ulp. xx, 10).

b) ius cedendi in iure (Gai. ii, 96).

c) ius agendi, necnon obligationes lucrandi (l. 13, 2, xliii, 24; l. 9, xliv, 7).

(d) Paterfamilias nonnisi raro exercebat hoc jus, et tunc cum proximorum amicorumque consilio (Valer. Max. v, 8, 2-5; v, 9, 1), quamvis non videretur huiusmodi consilium stricte necessarium (Val. Max. v, 8, 3, 5). Publica opinio et censores invigilabant ne limites transgrederentur (Sen. *de clem.* i, 14).

Dein per imperatores coepit hoc jus improbari; imo comparatum fuit interdum homicidio iuxta legem Corneliam de sicariis (l. 2, xlviii, 8. Cf. l. 9, 3, i, 6; l. 5, xxxvii, 2; l. 5, xlviii, 9; l. 3 C. viii, 47; l. un. C. ix, 15; l. 1 C. Th. ix, 13). Ulterius fuit comparatum parricidio iuxta legem Pompeiam (l. 5, xlviii, 9), et Constantinus illam saevissimam poenam renovavit, quae iam parricidis vetustis temporibus irrogabatur (l. un. C. ix, 17; l. 1 C. Th. ix, 55).

De hoc iure consule Dio. xxvi, 27; Liv. i, 26; Cic. *pro dom.*, 19.

(e) Hoc jus quod olim pater habebat (Dio. ii, 27) adhuc sub imperio exercebatur (Paul. v, 1). At Caracalla et Diocletianus nullam venditionem declararunt (l. 1 C. iv, 43; l. 6 C. viii, 17). Quia tamen mos praevaluerat, utique crudelior, ut exponerent patres filios suos, ad ipsum evertendum Constantinus permisit, ut in casu necessitatis infantes adhuc sanguinolenti venderentur (l. 2 C. iv, 43. Cf. Frag. Vat. 26, 34); quam constitutionem Theodosius et Arcadius cum mutationibus compleverunt (l. un. C. Th. v, 8). Tandem Iustinianus, qui

(2) Chauvin, *Des droits du père sur la personne des ses enfants légitimes en droit rom.*, Paris, 1893 — Cf. *Zeitschr. f. Civilr. u. Praxis*, VIII, 58, 77, 116, 242, 362: *Neue Folge*, 169.

(3) Kosler, *Die Haftung des Vaters aus Delikten d. Kinden*, Lips., 1888 — Cf. sup. XXI n. 3.

(4) Cf. Dubois op. cit. X n. 9.

verbo de filio disponendi taliter ut nec matrimonium suo arbitrio inire posset. Potestas patris quadantenus post mortem perseverabat, quatenus tutorem pupillo assignare poterat eique pupillariter in testamento haeredem substituere (f).

Quoad bona: omne quod filius adquirebat, sibi pater ipse adquirebat (g). Obligationes quoque poterant dari etiam in patrem: hinc actiones de peculio, de in rem verso, institoria, exercitoria, tributoria, quando scilicet filius obligationes suscepisset propter administrationem peculii profectitii, aut gestionem aliquam a patre sibi concréditam (5).

XXIII.

Nec tamen putandum est quod filiusfamilias penitus iure caruerit. Omissis enim iuribus politicis, certum est quod etiam in persona propria obligationes suscipere posset: quo in casu extraneus contrahens dupliciter ius suum consequendi facultatem habebat, nempe poterat agere directe in filium et executionem expectare usque ad aetatem in qua sui iuris efficeretur, vel agere in patremfamilias qui lucrum aliquod recepisset aut negotiationem peculiumve filio concessisset. Exceptio erat in obligationibus ex mutuo, quia huiusmodi obligationes filiorum per SC. Macedonianum fuerunt tamquam nullae declaratae.

Quoad bona, filiusfamilias sub aliquo respectu appellari poterat condominus in patrimonio familiari. Progressu vero temporis introdu-

primitus id confirmaverat, deinde prorsus vetuit quamcumque filiorum alienationem (Nov. 134, C. 7).

(f) Inter iura patrisfamilias recensetur et illud quod in testamento substituere posset haeredem filio decessuro fortasse in aetate pupillari. Veteres interpretes hoc concessum fuisse putant in commodum pupilli ut eius vita ab insidiis legitimorum haeredum, qui in defuncti locum succedere possent, defenderetur; hodie autem tamquam explicatio patriae potestatis consideratur super pecunia tutelave rei suae (Cf. Costa, in *Bollett. Istit. Dir. Rom.* IV, 245; Manna, *Carattere giuridico della sostituzione pupillare in Diritto Romano,* Napoli, 1885).

(g) Sunt qui censent omnes, qui erant in potestate patrisfamilias, veluti veros condominos fuisse in bonis familiae (Cf. Gai. II, 157; l. 11, XXXVIII, 2). Alii e contra id negant: paterfamilias jus absolutum habebat, nec nisi latissimo sensu illi, quos habebat in potestate, condomini dici poterant ratione spei ad successionem.

(5) Baron, *Die adiecticischen Klagen,* 1882 — Circa actionem de in rem verso: Löwenfeld, *Die selbstst. actio de in rem verso,* Münch, 1874 — Mori, *Caratteri dell' actio de in rem verso nel dir. rom. edital.* (in *Ann. crit. di giurisp. pratica,* III, 8-10) — Circa actionem quod iussu: Drechsler, *Die actio quod iussu*, Würzb., 1877. — Küster, *Ueber die actio quod iussu*, Rudolstadt, 1890 — Circa concursum actionum: Merkel, *Konkurs d. Aktionen nach röm. R.*, Halle, 1877 — Hessig. *Lehre v. der Konkurrenz d. Klagen nach röm. R.*, Stuttg., 1887.

cta sunt specialia peculia (1) favore ipsorum, quorum dominium et interdum etiam administrationem habebant: nempe primo *peculium castrense* (2) pro rebus occasione militiae adquisitis, dein *quasi castrense* (3) pro rebus adquisitis occasione alterius professionis, tertio *adventitium* pro ceteris rebus aliter quam a patre adquisitis. Remansit ergo *peculium profectitium* tantummodo in patris dominio (a).

XXIV.

Patria potestas triplici modo adquirebatur: generatione, legitimatione, adoptione.

Generatio: si quidem pater sui iuris fuisset et in matrimonio iusto genuisset.

Legitimatio: (1) quando nempe agebatur de filio extra matrimonium iustum genito. Quae quidem legitimatio fiebat per subsequens matrimonium aut per oblationem curiae, aut per rescriptum principis.

Adoptio: (a) quando quis ingrediebatur familiam alterius (b), proin-

(a) Fragmenta quae de peculio *quasi castrensi* loquuntur tamquam verisimiliter corrupta a quibusdam traducuntur.

Circa peculium profectitium romani nomen speciale non habebant. Plautus, *Mercat.*, prol. v. 95 vocat ipsum simpliciter *peculium.*

(a) Romae adoptio vetustissima erat. Quaenam ratio adoptandi, multiplex afferri potest. Prima videtur fuisse ratio politica, ut familiae patriciae conservarentur. Dein accesserunt rationes ordinis privati, ut nempe sic in familiam vocarentur cognati, qui extraneorum loco fere habebantur, nec non ut liberi naturales recognoscerentur (quam speciem legitimationis dein Iustinianus reprobavit). In legislatione praetoria maxime praevaluit ratio, ut solatium conferri posset iis qui liberos aut non suscepissent, aut susceptos praematuro fato amisissent.

(b) Forma adoptandi per testamentum invenitur penes Athenienses (Beauchet, *Hist. du droit. privé de la Répub. Athén.*, Paris, 1897 - Greif, *De l'origine du testam. rom.*, Paris, 1888). Dubium est num haec forma ad Romanos a Graecis pervenerit. Alii negant (Karlowa; Bouché-Leclerq, *Manuel des instit. rom.*, Paris, 1886 p. 387, etc.); alii affirmant, asserentes tamen brevi institutum hoc disparuisse penes Romanos (Cuq, *Les instit. judic. des Romains - L' ancient droit*, Paris, 1891, p. 236; Girard, *Manuel élém. de droit rom.*, Paris, 1896, pp. 166-168 n. 5 etc.). Iuxta hos habebatur vera adrogatio, sed in praxi deficiebat adquisitio patriae potestatis: et oriebatur ex conditione in testamento apposita. Paulatim reducta est ad simplicem conditionem nominis ferendi (Plin. *H. N.* xxxv, 2; Svet. *Caes.*, 83; *Aug.*, 101; Tac. I, 8, 14); neque proinde mutationem status secum ferebat.

Loca, in quibus exempla inveniuntur

---

(1) Hervieux, *Des pécules du fils de famille dans la législ. rom.*, Paris, 1890.

(2) Fitting, *Ueber d. castrense peculium*, Halle, 1871 — Le Marc' Hadour, *Du pécule castrense et du pécule quasi-castrense*, Rennes, 1893 — Vionjard, *De castrensi peculio*, Paris, 1894 — Cf. Faucon, *Des privilèges des militaires*, Paris, 1893 — Le Gendre, *Du testam. militaire*, Paris.

(3) Le Marc' Hadour, op. cit. sup.

(1) Dieck, *Beitr. zur Lehre v. d. Legitimation durch nachfolgende Ehe*, Halle, 1832 — Wolf, *Die legitimatio per subsequens matrim. nach Iustinianischem R.*, Braunschweig, 1881.

deque eius potestati subiicebatur. (c) Duplex erat: *simplex adoptio* (2) si ille fuisset adhuc filiusfamilias (d), *adrogatio* (3) si iam sui iuris (e).

Potestas dissolvebatur multiplici modo, nempe per mortem, sive

adoptionis testamentariae sunt sequentia: Cic. *Brutus*, 58; *de off.*, III, 18; *ad Att.* VII, 8; XV, 12; Cornel. Nep. *Attic.*, 5; Liv. *Ep.*, 16; Vellei. Paterc. II, 59, 60; Ovid. *Metam.* XV, 837; Senec. *de brevit. vitae*, 15; Plin. *Epist.* VIII, 18; Tac. *Ann.*, I, 8, 14; Svet. *Caesar*, 83; *Aug.* 101; *Tiber.* 6, 15; *Galba*, 4, 17; Appian. *de b. c.*, II, 143; III, 11, 14, 94; Dio. Cass. XL, 51; XLIV, 35; XLV, 3, 4, 5; XLVI, 47; LX, 51; Val. Max. VII, 8, 5.

(c) Praeter figuram adoptionis servi, quae reapse non erat adoptio (quamvis Iustinianus huiusmodi actui vim contulerit manumissionis, in par. 12 i. I, 11), a quibusdam contenditur quod agnita fuerit quoque imago adoptionis in susceptione alicuius expositi (Cf. l. 1 C. Th. VII, 5). Attamen animadvertitur in contrarium, quod ille qui expositum recipiebat in domum suam (qui expositus sic receptus vocabatur *alumnus*), nullam prorsus obligationem contrahere videretur, nec si de parentum consensu recepisset (l. 3, 4, XLIII, 29; l. 10 C. VI, 59; l. 3 C. VIII, 52. Cf. tamen l. 1, 3, XXXVII, 15; l. 17 C. IX, 1), nisi conventiones speciales intercessissent (l. 132 pr., XLV, 1).

(d) Adoptio idem significabat ac *transire in sacra*.

Cum adoptio requireret, ut primo adoptandus per triplicem mancipationem exiret de familia propria naturali, et secundo ingrederetur in familiam adoptantis, consequens erat ut ex parte istius aliquod jus fictitium super filium alterius admitteretur. Cessio in iure coram magistratu fiebat: adoptans asserebat, pater naturalis tacebat, et magistratus jus asserenti adiudicabat. Haec est ratio cur Gaius (I, 98, 134) scripserit adoptionem fieri *imperio magistratus*.

Dignitates non amittebantur per adoptionem (l. 35, I, 7). Adoptio requirebat ut tam adoptans quam adoptandus cives essent. Libertus nonnisi a suo patrono adoptari poterat (l. 15, 3, I, 7; l. 3 C. VIII, 48); nec tamen per hoc fiebat ingenuus. E contra servus non solum a domino, sed et ab extraneo adoptari poterat consentiente patrono (quamvis vera adoptio servi non intelligeretur. Cf. par. 12 i. I, 11; l. 1, 10 C. VII, 6); in quo melior erat conditio servi quam liberti. Disputabatur inter ICC. num adoptans maior esse deberet persona adoptanda (Gai. I, 106; Cic. *pro dom.*, 13, 14); praevaluit sententia affirmativa (par. 4 i. I, 11; ll. 15, 3; 16; 40, 1, I, 7).

Si adoptans emancipasset vel alteri in adoptionem dedisset liberum adoptatum, non poterat eum sibi rursus adoptare (l. 37, 1, I, 7). Cum vero adoptatus per emancipationem in ea conditione esset ut nullam amplius iura haberet neque in naturali neque in familia adoptiva, SC. Sabinianum decrevit, quod si pater unum ex tribus masculis in adoptionem dedisset, adoptans teneretur ei saltem relinquere quartam suorum bonorum partem (Theoph. par. 14, III, 1). Sed huic incommodo dein radicitus consuluit Iustinianus.

(e) Non liquet an adrogatio vetustior fuerit adoptione. Item non est certum quod alibi patriciorum adrogationes fierent ac plebeorum, nempe in comitiis curiatis quoad illos, et in comitiis centuriatis quoad istos.

Nomen *adrogatio* originem habet a rogatione quae in comitiis fiebat (Gai. I, 99; Gell. V, 19).

Mulier non poterat adrogari, quia comitiis interesse non poterat. Pupillus pariter, quia tutor non poterat ipsum alterius tradere potestati.

---

(2) Schmitt, *Lehre v. d. Adoption*, Iena 1825 — De Scheurl, *De iuris Romanorum antiqui modis liberos in adoptionem dandi*, Erlang., 1850 — Schoenberg, *De adoptione, qualis apud Romanos fuerit*, Berolini, 1860 — Ratenbacher, *Adoption u. Arrogation* (in *Blätter f. Rechtspflege in Thüringen*, XV) — Circa adoptionem testamentariam: Lefas, *L' adoption testam. à Rome* (in *Nouv. Rév. hist. de droit franç. et étrang.* 1897).

(3) Audibert, op. cit. VI n. 2 — Ratenbacher, op. cit. sup.

naturalem sive civilem, per mancipationem (4) (f), per legem. Item propter adrogationem vel legitimationem patris naturalis incidebant filii eiusdem in novam potestatem patris adrogantis aut legitimantis, priori potestate soluta. Item patria potestas solvebatur per dationem filiifamilias.

POTESTAS DOMINICA.

XXV.

Quamvis romani faterentur servitutem esse contra naturam, et philosophi una cum iurisconsultis haud infrequenter declamarent adversus huiusmodi crimen sociale, nihilominus semper apud eos viguit servitutis institutum.

Servus inspiciebatur tamquam res, et inter res mancipi cum iumentis adnumerabatur. Non poterat directe in libertatem inclamare, sed opus erat alter eius vindex adesset, scilicet adsertor libertatis (a). Nulla ergo ipsi capacitas iuridica: dominus de eiusdem persona pro lubito sicut de coeteris rebus disponere poterat, licet in praxi sive moribus, sive lege nonnullos persenserit limites (b).

Non usquequaque tamen denegabatur servo dignitas personalis; in iniuriis (1), in delictis contra ipsos admissis huiusmodi dignitas

(f) Verbum *mancipatio* etiam rebus aliquando applicabatur (teste Quintil. VI, 3, 44). Iuxta quosdam olim erat incognitum, et potius dicebatur *mancipio dare*.

Pater non cogebatur, nisi casibus exceptis, emancipare filium suum (l. 6 C. XI, 40; l. 2 C. Th. XV, 8. Cf. l. 12 C. 1, 4).

(a) Adsertor libertatis abolitus fuit a Iustiniano, qui concessit ut quisque seipsum defendere posset; item abolita fuit necessitas tribus vicibus proponendi liberale iudicium (C. VII, 17).

(b) Fuit prohibitum quominus servus venderetur ad hoc ut cum bestiis pugnaret. Huiusmodi prohibitio inducta est lege Petronia, cuius aetas incerta; num scilicet Augusti an Tiberii temporibus lata (Cf. Gell. V, 14). Imperatores hanc legem elaboraverunt (Cf. l. 42, XVIII, 1).

Pariter prohibebatur quominus occideretur. Tamen Constantinus decrevit ut crimen occisionis non facile domino adscriberetur, nisi de atrocitate poenarum satis clare constaret (l. un. C. IX, 14; ll. 1; 2 C. Th. IX, 12).

Servus, ut crudelitatem domini vitaret, ad statuas confugere poterat. Hic mos originem graecam habuisse videtur. (Consule Plaut. *Rud.* III, 4, 15). Refugium huiusmodi non habebat olim verum effectum iuridicum (Consule Sen. *de clem.* I, 18; Plin. *Epist. ad Trai.*, 74): imo ICC. disputabant num fugitivus censendus esset (l. 17, 12, XXI, 1). Effectum iuridicum dein recognovit favore servorum confugentium ad statuas imperator Antoninus Pius.

(4) Scheltinga, *De emancipat.*, Frankf., 1730 — Leoni, *Della emancip. nel dir. rom.*, Padova, 1896 — Unterholzner, *Von d. Formen d. Manumissio per vindictam und d. Emancip.* (in *Zeitschr, f. gesch. Rechtwiss.*, II) — Cf. Oertmann, *Fiducia in röm. Privatrecht. Rechtgeschichtl. Untersuch.*, Berlin, 1890.

(1) Cf. Arnold, *Beschränkg. d. Deflorations -, Aliment. - u. Injurienklagen*, Erl., 1851.

suum habebat valorem, et post mortem sepulcrum servi locus religiosus fiebat (2). Praeterea naturalia iura agnoscebantur in relationibus servorum familiaribus necnon patrimonialibus.

XXVI.

Servitus oriri poterat (1) vel ex poena vel ex facto aliquo quod naturam poenalem non habebat.

Propter poenam servituti addicebantur incensi, illi qui militiam effugissent, qui, creditoribus adiudicati, (a) fuissent divenditi, liberti in patronum ingrati (b), damnati ad quoddam poenarum genus (2), feminae ex SC. Claudiano quae in contubernio cum alieno servo vixissent invito istius domino (3), qui maiores XX annis ob fraudem se venumdari passi essent ad pretium participandum.

Extra poenam quis incidebat in servitutem vel nativitate, vel captivitate (4).

Animadverti debet, quod romanus servitutem non solum sui favore, sed etiam contra se admittebat. Quare qui ab hostibus captus esset tamquam in captivitate eorum censebatur; tantummodo hoc observabatur, quod iura eiusdem in suspenso remanerent prouti si ageretur de absente (c). Quandocumque ex captivitate regressus fuisset, omnia

(a) Debitor solvendo impar appellabatur *decoctor* (Cic. *Phil.* II, 18; Sen. *de benef.* IV, 26). Notabatur infamia facti (Cf. Sen. *Ep.* XXXVI, 5) ex lege quadam Roscia (Cic. l. c. Cf. Iuven. III, 153 seq.).

(b) Revocatio in servitutem ingratitudinis causa constituta fuerat pro libertis dediticiis, qui praecepta legis Aeliae Sentiae haud observassent (Gai. I, 27). Dein imperatores hanc revocandi facultatem contra omnes manumissos dederunt, sed specialibus in casibus tantummodo (l. 6, 1, XXV, 3; l. 5, XXXVII, 14. Consule Svet. *Claud.* 25; App. *de b. c.* V, 131). Libertus sic accusatus ultra vicesimum lapidem relegabatur (Consule Tac. *Ann.*, XIII, 26). Tempore Neronis videtur conatus non habuisse exitum, ut regula generalis induceretur. Serius tandem introducta est; libertus - qui antea vendebatur eiusque praetium patrono dabatur (l. 6, 1 cit.) - directe in potestatem veteris domini reincidebat (par. 1 i. I, 16; l. 12 C. VI, 3; ll. 2; 4 C. VI, 7; l. 30 C. VII, 16; ll. 1; 3 C. Th. IV, 10.

(c) Nomine absentis non eum intelligimus in jure, qui locum domicilii vel habitationis suae simpliciter ad tempus derelinquit, quod saepissime accidit; sed potius eum, cuius derelictio talis est, ut merito dubitetur de eius morte.

In jure romano casus hic directe non respicitur: quidam contendunt ICC. romanos hac in re prae oculis habuisse doctrinam captivitatis. At hoc non vide-

(2) Cf. Garbasso, *Del dir. di sepoltura nel dir. rom.*, Casale, 1893.

(1) Salkowski, *Lehre vom Sklavenerwerb. Beitrag zur Dogmatik d. röm. Privatrechts*, Leipz., 1891.

(2) Holtzendorff, op. cit. VI n. 2.

(3) Pütter, *De SC. Claudiano vel de poenis mulierum quae alienis se servis iunxerint*, Berolini, 1827.

(4) Chotard, *Théorie générale des prisonniers de guerre*, Poitiers, 1893.

iura sua per fictionem legis Corneliae recuperabat: quod appellabatur ius postliminii (5).

XXVII.

Ex servitute plurima iura comparabantur domino sive quoad personam, sive quoad bona servi (a).

tur adprobandum, nam captivitas distinguitur ab absentia tamquam species a genere. Quidquid sit, maxime interest cognoscere quae passim inveniri possunt in fontibus juris; praesertim de conditione iuridica coniugis absentis.

Matrimonium causa absentiae utique non rumpebatur. Solummodo statutum invenimus quod si quis absens fuerit ratione militiae per quadriennium, uxor ad alia vota convolare poterat: l. 7 C. v, 17. Iustinianus postea requisivit decennium: Nov. 22, C. 14. Dein, sub influxu doctrinae christianae de matrimonii indissolubilitate, prohibuit absolute quominus uxor novum matrimonium iniret, nisi, audita mariti morte, probationes testimoniales probatas haberet; et etiam in hoc casu, post annum: Nov. 117, C. 11. Cf. Auth. ad l. 7 C. v, 17.

Aliud dicendum videtur de absentia propter captivitatem: nam captivitas rumpebat matrimonium: l. 1, XXIV, 2; l. 56, XXIV, 3; ll. 12, 4; 14, 1, XLIX, 15. (Contrarius videtur Iulianus in l. 6, XXIV, 2, et ita sentit Cuiacius. Alii vero non admittunt hanc contradictionem). Attamen femina quinquennium attendere debebat antequam alii nuberet: l. 6, XXIV, 2. Sed Iustinianus constituit quod quinquennium initium habeat non ab initio captivitatis, sed a momento, quo incertum apparuit num viveret an non adhuc maritus primus: Nov. 22, 7; statuens etiam quod validum censeri deberet matrimonium primum. Iuxta ergo Iustinianum matrimonia per captivitatem non rumpebantur; solummodo praesumptionem mortis admisit, si quinquennalis incertitudo vitae prioris viri extitisset.

Quoad matrimonia in casu absentiae adnotandum pariter est, quod si mulier, falsa notitia mortis recepta, alii nupserit, non erat propterea adultera: l. 10, 12, XLVIII, 5 — Item adnotandum quod filii absentis captivi poterant nubere: l. 12, 3, XLIX, 15; et hoc statutum fuit circa filios simpliciter absentis, post triennium tamen: l. 10, XXIII, 2 (ex l. 11 ib. etiam ante triennium).

Bona absentis captivi recipiebant curatorem (*curator dativus*), qui custodiebat ea: cf. l. 48, XXVI, 7; l. 1, 4, L, 4. Dominium in pendenti remanebat usque ad eius regressum (l. 19, 5, III, 5. Alia exempla dominii in pendenti vide in ll. 12, 5; 70, 1, VII, 1. Cf. Wächter, *Das schwebende Eigenthum*, Lips., 1871). An etiam curator datus fuerit simpliciter absenti, controvertitur.

Humbert (in Diction. Daremberg et Saglio) ait nullum corpus doctrinae fuisse penes Romanos quoad absentiam; at certe eos ad regulas *non praesentiae* animadvertisse.

(a) Servi publici et servi rustici in meliori conditione versabantur ac servi privati urbani. Prioribus facultas erat testandi pro dimidia parte peculii (Ulp. XX, 17. Attamen circa quamdam speciem potestatis testandi in servis quoque privatis cf. Plin. *Ep.* VIII). Servi autem

(5) Hase, *Das jus postliminii u. d. fictio legis Corneliae*, Halle, 1851 — Bechmann, *Das jus postliminii u. d. lex Cornelia*, Erl., 1872 — Bès de Bec, *Du postliminium et de la loi Cornelia*, Paris, 1889 — Circa doctrinam absentiae quae in iure romano connectitur cum doctrina captivitatis: Bruns, *Die Verschollenheit* (in *Iahrb. d. gemein. deut. Rechts*, 1857; item in *Kleinere Schriften*. Ibi adest recensio scriptorum hac de re) — Maitrot, *Des effects de l'absence en droit rom.*, Paris, 1880 — Villequez, *De l'absence en droit rom. et dans l' anc. droit franç.* (in *Révue histor. de droit franc. et étrang.*, 1856) — Tamassia, *L' assenza nella storia del dir. ital.* (in *Archiv. Giurid.* XXXVI) — Sacchi, *Sulla teoria degli assenti nel dir. civ. e giudiziario dei Romani* (in *Arch. Giurid.* LI) — Cf. Tschierpe. *Ueber d. Vormundschaft f. Abwesende u. deren Vermögen*, Rostock, 1866.

Quoad personam: omnia iura dominus habebat quae diximus in filiofamilias, necnon maiora. Poterat servum suum alienare tamquam rem quamcumque propriam, alterique obligare (1). Ius suum in servo defendere poterat modis omnibus, quibus dominium (2): huc pertinebat quoque lex Fabia de plagiariis (3) (b). Pro damno a servo allato poterat ipsum noxae dare (c).

Quoad bona: illud idem vigebat principium ac in filiofamilias. Servus domino adquirebat, vel dominis si plures essent, vel etiam usu-

rustici familiam strictiori quodammodo vinculo compositam habebant, ita ut nomina patris, avi, proavi, mariti, viri, uxoris eisdem attribuerentur (Id plane eruitur ex pluribus inscriptionibus funerariis penes Orelli. Cf. quoque l. 12, 7, XXIII, 7).

Quoad servos publicos notandum quoque quod ipsos non respiciebat SC. Claudianum de liberis feminis cum servis alienis tractantibus (l. 3 C. Th. IV, 9).

(b) Ad tuendam libertatem in homine libero ex una parte, et proprietatem domini in servis suis ex altera parte lex *Fabia de plagiariis* condita fuit (vel etiam *Flavia, Favia*: l. 1, XI, 4; ll. 1; 2 pr., XLVIII, 15). Plagium aderat quando quis civem romanum, latinum, italicum celasset, vinxisset vinctumque habuisset, vendidisset, emisset, aut quomodocumque in eam rem socius fuisset; necnon qui alieno servo persuasisset ut dominum fugeret, quive alienum servum celasset, vendidisset, emisset dolo malo, quive in ea re socius fuisset (Coll. XIV; l. 1, 2, XI, 4; XLVIII, 15). Poena fuit nummaria; dein poena capitis humilioribus et relegatio perpetua cum amissione dimidiae bonorum partis honestioribus fuit irrogata (Coll. l. c. Cf. par. 10 i. IV, 18; l. un. C. Th. IX, 18). Olim ad hoc crimen puniendum actio suppetebat propter vim adhibitam aut furtum, vel actio de servo corrupto, vel etiam interdictum unde vi.

(c) Olim *noxae dedere;* dein *noxam dedere*. Edictum praetorium circa noxam cf. in l. 21, 2, IX, 4.

Qui damnum a servo accepisset eligere poterat inter actionem directam ad petendam personam ut per operas eius sibi satisfieret, et actionem directam in dominum ut refectionem damni praestaret.

Si primum, non poterat servus se defendere, sed defendi poterat a domino, ab usufructuario, a pignoratario, vel etiam ab extraneo qui satis dedisset (l. 26, 6, IX, 4). Si in defensione dominus defecisset, debebat aut noxae dare aut damnum reficere (Gai. IV, 75; Paul. II, 31, 1; par. 2 i. IV, 8). Si non defendisset, tunc Praetor decretum dabat quo, attenta renuntiatione juri suo a domino facta (l. 29, IX, 4), duci jubebat servum, quem actor secum trahebat (l. 2, 1, II, 9; l. 6, VI, 2; ll. 28; 32, IX, 4). Si alterum, actor debebat probare servum fuisse in potestate domini; non eo sensu quod servus fuerit in dominio, sed quod alter habuerit praesentis corporis copiam et facultatem (l. 21, 3, IX, 4; l. 215, L, 16). Quare etiam possessor b. f. hanc potestatem habebat (l. 11, IX, 4). Hoc probato simul cum probatione damni allati, reus vel cogebatur damnum reficere vel noxae dare.

Utrumque medium ad eumdem finem ducebat, sed non eodem modo. *Noxale iudicium* appellabatur praecise alterum medium.

Hinc ratio apparet cur in l. 26, 6, IX, 4 concedatur defensio servi etiam illi cui pignori datus fuisset.

Quod diximus de servo, dicendum pariter de filiofamilias.

Ex dictis non videtur adprobanda sententia Bekker (*Das Recht des Besitz. bei d. Röm.*, Lipsia, 1880), quae duplicem ponit actionem ad obtinendam damni refectionem, quod servus dedisset, nempe *actionem noxalem* et *ductionem*. Ductio non erat nisi effectus actionis noxalis.

(1) Kuntze, *Der servus fructuarius des röm. R.*, Leipz., 1889.

(2) Claparède (de), *De vindicatione personarum*, Berolini, 1865.

(3) Deyling, *De lege Fabia de plagiariis*, Lugd., 1830 — Mandele, *Ad tit. D. ad legem Fabiam*, Leid., 1835 — Voigt, *Lex Fabia de plagiariis*, 1885.

fructuario penes quem detineretur. Saepe peculium ei committebatur, in quo interdum etiam alii servi comprehendebantur (d), nempe servi vicarii (4). In hoc casu, quemadmodum etiam in casu quo ei dominus negotiationem aliquam specialem demandasset, oriebantur omnes illae actiones quas supra memoravimus, de peculio, de in rem verso etc. (5). Pro delictis servorum noxalibus actionibus subiiciebatur (6).

XXVIII.

Dominus ipse poterat solvere servitutem per manumissionem servi. (1). Manumissio autem fiebat aut modis publicis aut modis privatis (a). Modi publici erant: per vindictam, per censum, per testamentum, et posterius in sacrosanctis ecclesiis. Servus manumissus appellabatur

(d) Peculium servi appellabatur quoque *merx peculiaris* (l. 2, XIV, 4). Poterat esse duplex (ll. 2; 19, 1, XV, 1); item peculium commune (ll. 11, 8, 9; 19, 1, 2, ib.). Servus Vicarius et in peculio servi ordinarii erat, et ipse suum peculium habere poterat (l. 7, 4, ib.).

(a) Olim fiebat modis publicis; et hoc optime intelligitur, cum ageretur de concessione civitatis romanae. Proinde interveniebat publica auctoritas. Nonnisi serius modus privatus afferre potuit hanc conditionem; et primo quidem admissum est ut tantummodo libertas concederetur cum aliquali participatione jurium civilium (Latini Iuniani); dein modus privatus tamquam efficax ad civitatem romanam gignendam recognitus fuit.

Modus per vindictam solemnitatum veterum necessitatem haud amplius postulavit (Gai. I, 20; par. 2 i. I, 5; ll. 7; 8; 23, XL, 2).

Modus per censum tempore Ulpiani desueverat (Ulp. I, 8), quamvis adhuc mentio in tractatis superesset (Gai. I, 44, 140; Dosith. 17). Quaestio inter prudentes aderat an libertas sic manumisso statim competeret, vel potius lustro adveniente (Dosith. 17a; Cic. *De orat.* 1, 40).

Modus per testamentum productus fuit ad codicillum et fideicommissum. Cum vero fideicommissum totaliter fiduciae inniteretur, plura SCC. edita sunt ad libertatem servo competentem tuendam (cf. D. XL, 5, et praesertim ll. 26, 7; 28, 4; 30, 6; 51, 4, 7 ib.; nempe SCC. Dasumianum, Rubrianum, Articuleianum, Vitrasianum, Iuncianum).

Accidit tandem ut libertas servis concessa fuerit directe, scilicet propter praemium aut propter poenam. Item per praescriptionem (l. 1, 2, XL, 15; C. VII, 21, 22).

Manumissionis plures limites erant: 1o ex lege Aelia Sentia 2° — ex lege Furia Caninia — 3° ex contractu vel testamento (l. 9, 2, XL, 9; D. XVIII, 7; C. IV, 57) vel ex lege. Sic lex Iulia de adulteriis vetuit manumissionem servorum ex quibus cognitio criminis desumi poterat (ll. 12-14, XL, 9). Lex Fabia pariter alias prohibitiones induxit (l. 12, XL, 1).

Quoad manumissionem per vindictam, censum, testamentum notandum est quod aderat etiam manumissio sacrorum causa, matrimonii causa, adoptione (cf. Festus, *Manumitti*, *Puri*; Gell. V, 19; par. 12 i. I, 11). De hac re cf. Savigny in *Vermisch. Schrif.* I, 198.

(4) Erman, *Servus vicarius, l' esclave de l' esclave rom.*, Lausan., 1896.

(5) Cf. XXII n. 5 — Iuglar, *Du rôle des esclaves et des affranchis dans le commerce*, Paris, 1894.

(6) Cf. XXI n. 3 — Blanc, *Des délits des esclaves en droit rom.*, Digne, 1888.

(1) Unterholzner, op. cit., XXIV n. 4.

libertus, (2) (b) cui tamen denegabatur ius ingenuitatis (3), ad quam solummodo pervenire poterat per *ius aureorum anulorum* et plenius per remedium *restitutionis in integrum* (4). Modi privati innumeri pene erant: olim non conferebant nisi latinitatem iunianam. Libido manumittendis, quae penes divites romanos interdum magna fuit, a legibus passim limitabatur.

Nonnunquam servus perveniebat ad libertatem praeter aut etiam contra voluntatem domini sui. Quando nimirum servus donabatur libertate in premium delationis aliquorum criminum aut alicuius professionis; vel in poenam ipsius domini; vel propter aliquod peculiare factum, puta propter praescriptionem, propter manumissionem factam ab uno ex condominis eiusdem servi.

Effectus solutionis servitutis reducebantur ad libertatem respectu servi et ad *ius patronatus* (5) respectu domini manumittentis (c). Li-

(b) Olim liberti videtur quod lato sensu appellati quoque fuerint *servi* (cf. Frag. Vat. 307), praecise quia cum iustam servitutem servierint, adhuc retinebant primam denominationem. Sub imperio manumittentis revera prisco tempore adhuc remanebant « quibus (maiores nostri, - ait Cic. *Ep.* I, 4 ad *Quint. frat.*) non multo secus ac servis imperabant ». Quod dein imperium remissum fuit, quamvis vestigia quaedam semper extiterint (Cf. ll. 7, 2; 11, 7, XLVII, 10).

Neque ipsi soli, sed eorum filii, et fortasse, in quorumdam sententia, omnes descendentes primitus in statu libertinitatis vivebant.

Frequentia concessionum iuris civitatis effecit paulatim ut peregrini, et tandem latini Iuniani deficerent. Iam a. 664 civitas extensa fuit ad universam Italiam (Cic. *pro Licinio Arch.*, 4). Et quamvis paulo post per leges Aeliam et Iuniam classis succreverit eorum, quibus denegabatur jus civium romanorum, tamen ex altera parte liberalitas imperatorum circa hoc privilegium aucta est, usquedum Caracalla omnibus concesserit, qui in Statu romano habitarent (l. 17, I, 5; Dio. Cass. LXXVII, 9). Denique Iustinianus dispositionem legum Aeliae et Iuniae penitus abstulit (par. 3 i. I, 5; C. VII, 5 et 6).

(c) Ius patronatus in legislatione XII tab. duplici sub respectu apparet: 1° respectu clientis (Masurius Sabinus, *de iure civ.*, 6, in Iurispr. Anteiust. Huschke, ed. 4. p. 124 — Cf. Schoell. *Leg. XII, tab. rel.*, 1866, p. 149) — 2° respectu liberti.

Inter jura patronorum eminet illud successionis in bonis liberti (Gai. III, 39 seq.; Ulp. XXIX; i. III, 7. Consule Cic. *de orat.* I, 39): dein sequitur jus tutelae super impuberem libertum (Gai. I, 165, 167, 175 seq., 192; Ulp. XI, 5, 9) vel super feminam libertam (Gai. I, 168 seq.; III, 43; Ulp. XI, 8; XXIX, 3. — Consule Liv. XXXIX, 9); dein jus ad praestationem operarum. Hic tamen praetor concessit liberto exceptionem onerandae libertatis causa factorum (l. 1, 5, XLIV, 5. Cf. l. 1 pr., XXXVIII, 2); non enim adeo onera gravia esse debebant ut libertus servo compararetur. Ceterum hisce one-

(2) Bierregaard, *De libertinorum hominum conditione*, Amsterdam, 1840 — Iosson, *De la condition des affranchis en droit rom.*, Douai, 1878 — Voigt, op. cit. III n. 3 — Lemonnier, *Étude histor. sur la condition privée des affranchis aux trois premiers siècles de l' Empire Rom.*, Paris, 1887.

(3) Richter, *De lege Visellia,* Lips., 1736

(4) Daehne, *De iure aureorum anulorum et natalium restitutione*, Halle, 1863.

(5) Lippert, *Entwicklg. d. Lehre v. Patronate,* Giessen, 1829 — Schlayer, *Lehre v. Patronatrecht,* Giessen, 1855 — Schmidt, *Das Pflichttheilsrecht d. Patronus,* Heidelb., 1868 — Leist, *Röm. Patronatrecht*, Erl., 1879 (Opus princeps).

bertas, quae servo competebat, iam diximus quod aevo anteiustiniae neo varia fuit: *libertas romana, libertas latina, libertas deditícia.* Patronatus autem erat ius domino competens in libertis eorumque bonis. Si libertus iuri patronatus subduceretur, appellabatur *orcinus* (6).

POTESTAS MANCIPII.

XXIX.

Imaginem servitutis referebat *mancipium* (1), seu homo liber qui servi loco ad tempus penes aliquem detineretur (a). In praxi fere nihil a servo discrepabat, nisi excipiatur obligatio in domino maiorem erga eum humanitatem praestandi propter liberam conditionem quae mancipio iure competebat, quaeque tantummodo in exercitio impediebatur. Fere semper causa mancipii erat obligatio noxae dandi liberam personam, quam quis in sua potestate habuisset, ut damnum reficeretur ab eadem illatum.

Mancipium constituebatur per mancipationem: cessabat finito tempore satisfactionis damni aut per voluntariam manumissionem.

Eamdem pene servitutem facti plures aliae personae patiebantur: nimirum statuliber, (2) homo liber ab aliquo bona fide possessus, creditoribus addictus, (3) (b) nexus, (4) (c) redemptus ab hostibus, auctoratus, ille demum qui adhuc sanguinolentus divenditus esset.

ribus libertus se subtrahebat qui duos liberos aut unum quinquennem habuisset (l. 37, XXXVIII, 1); et liberta quae domini consensu nupsisset (ll. 14; 28; 30, 1; 48 ib.).

Cessabat iuspatronatus si liberto patronus alimenta denegasset (l. 5, 1, XXXVII, 14), vel ipsum criminis capitalis accusasset (l. 9, 1 ib.; l. 14, XXXVIII, 2), vel quid inhonestum a liberto postulasset. Item, si cum patronus jus suum mutuaret a fideicommissaria concessione libertatis alicui servo, cunctatus esset in manumissione peragenda; quo in casu libertus fiebat *orcinus* (l. 15 C. VII, 4).

(a) *Mancipium, mancipatus, in mancipio, in causa mancipii* (Gai. I, 123, 138; III, 104).

Olim videtur quod mancipium appellaretur *anculus, ancula* (Paul. Diac. 19, 16).

An ex mancipii manumissione jura patronatus exurgerent, dubitatur.

(b) Iuxta quosdam auctores conditio *addicti* non debet recenseri inter conditiones, quae distinguebant diversas personarum classes. Addictio non erat nisi coercitio libertatis personalis ad opera praestanda creditori pro satisfactione.

(c) Nexus ille erat qui obligabatur

(6) Pfaff. *Ueber d. libertus orcinus*, Wien, 1894.

(1) Boecking, *De mancipii causis*, Berolini, 1826 — Schmidt, *Das Hauskind in mancipio*, 1879 — Longo, *La mancipatio (Sistema del dir. rom. primitivo)*, Firenze, 1886 — Eusebio, *Contributo alla teoria del nexum e del mancipium nel dir. rom.* (in *Giurisp. Ital.*, XLVII).

(2) Madai, *Die Statuliberi d. röm. Rechts*, 1834.

(3) Cf. Tambour, *Des voies d'éxécution chez les Rom.*, Paris, 1860.

(4) Scheurl, *Nexum*, 1839 — Huschke, *Recht. d. Nexum*, Leipz., 1846 — Bacho-

Praetereunda hic non est conditio coloni, (5) quae servitus peculiaris erat, terrae scilicet inhaerens (d).

alteri per nexum. (De huiusmodi obligationis modo cf. Varr. *de l. l.* VII, 105; Cic. *de orat.* III, 40; Liv. VIII, 28; Fest. *Nexum*). Veluti mutuabat personam propriam, ita ut creditor in casu non solutionis haberet coërcitionem super eum. Quidam tamen putant unum eumdemque fuisse nexum cum debitore, qui non solvendo impar ducebatur a creditore in domum suam.

Coërcitiones privatae super liberos evidens est quod potius ad patricios pertinerent, in quorum manibus opes erant et mutuare poterant. Qui patricii crudeliores saevitias exercere coeperunt, adeo ut plebs insurrexerit et lex Poetelia (a. 428. Cf. Mommsen, *Röm. Forschungen*, II, 244) prodierit. Lex Poetelia finem imposuit saevitiis, non autem *nexum* abolèvit tamquam modum obligationis (Gai. III, 173), et vox remansit aevo posteriori ad obligationem exprimendam (l. 1, 4, XLIII, 4, l. 1, XLVI, 4; l. 8 C. VIII, 16).

Lex Poetelia prohibuit quominus propter non solutionem sortis aut usurarum debitores opera servorum creditoribus praestarent, et in eos adhiberentur saevitiae e. g. vinculorum vel nervi. (Cf. Giraud. *De Nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains*). Serius, nempe a. 453 U. C., lata fuit lex Porcia quae pariter prohibuit quominus cives verberarentur aut in vincula coniicerentur.

Ceterum putandum non est quod huiusmodi poenae in omnibus casibus cessaverint per leges citatas. Fortasse moribus dein in desuetudinem abierunt. Adhuc aetate Catonis fures penes privatos detinebantur in nervo atque compedibus: « fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt: fures publici in auro atque in purpura » (Gell. XI, 18, 18).

(d) De colonatu romano optime egit Segrè in *Archiv. Giurid.* XLII ad XLVI. Permultae quaestiones proponuntur relate ad hoc institutum iuridicum, cuius historia satis obscura nobis apparet; quae quidem quaestiones, a Cuiacio et Gothofredo incipientes usque ad haec nostra tempora, versantur circa praecipua sequentia capita:

a) circa elementum constitutivum colonatus; si servi tantummodo ipsum constituerint, aut liberi tantummodo idest agricolae huc illuc vagantes, aut et servi et liberi.

b) circa eiusdem originem: si ex Italia aut provinciis, aut Italia et provinciis simul.

c) circa fundamentum: si fuerit elementum italicum vel extraneum quod Italiam pervaserit, aut utrumque.

d) circa historiam: si repetendum sit ex moribus italico-graecis; aut a constitutione veteris familiae atticae, aut a servitute germanica, aut ab institutis italo-gallicis.

e) circa exordium iuridicum: si processerit a manumissione circumscripta quibusdam limitibus, aut ab institutis agrariis provinciarum, aut a violentia dominorum agrorum dein legibus confirmata, aut a legislatione agraria, aut a deductione gentis barbaricae in imperium romanum, aut a clientela romana, aut a privata terrae cultura per homines humiliores, aut denique a distinctione servorum inter urbanos et rusticos (Puchta, Inst. I, 212. Nam rustici quadam libertate prae urbanis fruebantur).

Coloni vocabantur etiam *agricolae, ru-*

fen, *Das Nexum* — Eusebio, op. cit. sup. — Giraud, *Des nexi ou de la condition d. débiteurs chez les Rom.*, Paris, 1847 — Vainberg, *Le nexum et la contrainte par corps en droit rom.*, 1880 — Cf. Tambour, op. cit. sup. — Circa personam vindicis: Maria, *Le Vindex dans la legis actio per manus iniectionem et dans l' in ius vocatio*, Paris, 1896 — Gauckler, *Étude sur le Vindex* (in *Nouv. Révue histor. de droit franç, et étrang.* XIII).

(5) Heisterbergk, *Die Entstehung des Colonats*, 1876 — Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d' histoire* (*Le colonat rom.*), 1885 — Perrenet, *Étude sur le colonat*, Paris, 1893 — Zumpt, *Ueber d. Entstehung u. Entwickelung d. röm. Colonat* (in *Rhein. Mus. f. Philol. N. F.* III) — Laboulaye, *Hist. du droit de propriété foncière en Occident* — Revillout, *Étude sur l'hist. du Colonat chez les Rom.* (in *Révue hist. de droit franç et étrang.*, II, III) — Segrè, *Studio sulla origine e sullo sviluppo storico del colonato romano* (in *Arch. Giurid.* XLII seq. Ibi habetur amplissima scriptorum recensio de hoc argumento).

DE IURE TUTELAE ET CURAE

TUTELA.

XXX.

Exercitium perfectum capacitatis iuridicae non competebat iure romano nisi puberibus: impuberes ex regula generali incapaces ad se obligandos erant, eisque necessarius erat defensor. Usquedum impubes in patria potestate existebat iam naturalem defensorem nanciscebatur; at si huic potestati subduceretur, opus erat ut alium defensorem lex ipsi assignaret: quod utique legislator romanus perfecit per tutoris concessionem (a). Hinc origo instituti iuridici tutelae, (1) (b)

stici, inquilini, glebae inhaerentes, adscripticii, censiti, tributarii.

Coloni optime distinguendi sunt a servis, quamvis Iustinianus fere nullam admittere videatur differentiam (l. 25 C. xi, 47). Recognoscebantur in jure, licet eorum capacitas graviter limitaretur; per hanc limitationem, quae causam habebat ex personali addictione perpetua agris (l. 15 C. ib.), distinguebantur pariter a liberis. Conditionem mediam inter servos et liberos obtinebant. Quatenus ad conditionem servilem accederent, ipsi vendebantur cum fundo (ll. 2; 7; 13, 1 C. ib.), nec nisi cum ipso vindicari poterant (ll. 7; 23 pr. ib.) Dominus super eos jus correctionis habebat (l. 24 ib.); fugitivis servis comparabantur (l. 23 pr. cit.); quod adquirebant tamquam fundi peculium censebatur, de quo absolute disponere non poterant (l. 23, 2 ib.; l. 2 C. xi, 49; C. Th. v, 11). Non poterant agere in dominum nisi ob augmentum canonis (C. xi, 49; C. Th. v, 11).

Quatenus recedebant a conditione servorum, jus connubii habebant (l. 24 C. xi, 47; Nov. Valent. xxx, 1, 2, 3), nec non limitatum jus commercii.

Colonatus exurgebat: 1° ex nativitate sive ex duobus colonis, sive a servo et colona (l. 21 C. xi, 47). Si a colono et serva, iuxta principium juris servi nascebantur (l. 21 cit.). Si a colono et libera, legislatio non semper eadem fuit; primum enim nascebantur liberi (l. 24 C. ib.; Nov. 54); dein eis attributa est specialis conditio ut non essent coloni, sed fundo inhaererent (Nov. 162, C. 2) — 2° ex praescriptione (ll. 19; 23, 1 C. ib.; Nov. cit.) — 3° ex voluntaria subiectione (Nov. Valent. xxxi, 5, 6) — 4° ex poena.

Cessabat: 1° praescriptione. Hunc modum sustulit dein Iustinianus (l. 23 pr. C. xi, 47; l. I C. Th. v, 10; Nov. Valent. xxxi, 1-3) — 2° dignitate episcopali (ll. 11; 16; 27 pr. C. 1, 3; Nov. 123, C. 17. Non vero ordine sacro: cf. Nov. 123, C. 17) — 3° Disputatur num mutuo pariter consensu.

(a) Iuliam et Titiam duplicem legem fuisse alii asserunt; alii e contra contendunt unicam fuisse, innixi praesertim Gai. i, 185; Ulp. xi, 18; pr. i. i, 20. Cf. *Arch Giurid.*, xxxviii, 307; *Antol. Giurid.*, i, 12.

(b) Tutela in sua significatione et potestatem et protectionem continebat; potestatem ex parte tutoris, protectionem vero ex parte pupilli.

Quoad significationem potestatis re-

(1) Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft aus d. gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt,* Berlin, 1834 — Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l' ancient droit rom.* (in *Nouvelle Rév. hist. de droit franç. et étrang.*, XIII) — Cf. Schulthess, *Vormundschaft nach attischem R.*, Freib., 1886 — Circa historiam: Le Fort, *Essai histor. de la tutelle en droit rom.,* Génève, 1850.

in quo impubes *pupillus*, defensor autem *tutor* (2) appellabatur (c).

Iamvero antiquitus in defensione pupilli eo lex spectabat ut bona favore illorum conservarentur, qui praesumptum ius successionis habuissent. Et quia in designatione haeredis voluntas primario defuncti attendebatur, consequitur quod tutelae delatio ante omnia testatori concederetur quoad proprium impuberem, deinde legi. Deficiente testamento et legis vocatione, et praesertim progressu temporis mutata ratione delationis tutelae, quae non amplius conservationi bonorum sed potius tuitioni personae pupilli inserviebat, (3) ipsa delatio commissa fuit tertio loco magistratui, qui tutorem dabat impuberi ex lege Atilia Romae, et ex lege Iulia et Titia (4) in provinciis.

Ergo tutela erat triplex: *testamentaria, legitima, dativa.*

XXXI.

Omnes, qui administrationi idonei essent, poterant tutelam suscipere. Quidam etiam tenebantur, nisi potiorem alium nominassent, cui onus spectabat (a).

Ad periculum vitandum ne impubes diutius sine tutore maneret, facta fuit quibusdam personis obligatio tutorem postulandi: aliis quoque concessum est nominare.

Qui ad tutelam designatus fuisset in ea conditione versari poterat, ut nimis durum foret sibi onus tutelae, nec sollerter, prout de-

colendum est quod qui sui iuris efficiebantur, aliquando *in suam tutelam* venire dicebantur, ut sic opponeretur *esse in tutela*. Scilicet non erat in alterius potestate, sed propriae potestatis (Gai. II, 179; l. 50, 1, XXXIII, 1).

Quoad significationem protectionis cf. Gai. II, 104 et Liv. XXXIX, 9.

(c) Triplex classis tutorum in iure romano: *tutores gerentes* (l. 14, 1, XLVI, 3) — *tutores honorarii* (l. 3, 1, 2, XXVI, 7; l. c.) — *tutores notitiae causa dati* (l. 14, 1, 6, XLVI, 3. Cf. l. 32, 1, XXVI, 2; l. 1, 7, XXVII, 3).

Tutores honorarii et notitiae causa dati poterant illis actibus interesse, qui generalem bonorum administrationem haud respicerent (l. 49, XXIX, 2; l. 14, 1, 6 cit. Cf. l. 4, XXVI, 8).

(a) *Nominatores* dicebantur qui, ut se a tutela liberarent, potiorem nominabant qui tutelam suscipere debuisset (Paul. II, 28; Frag. Vat. 158. Cf. l. 2, XXVII, 7): *postulatores*, qui tutorem praesentassent quin ad hoc requisiti fuissent (l. 2, XXVII, 7; ll. 4; 5 C. V, 75). Quidam tamen, uti mater et liberti, postulare tenebantur (l. 2, 1, 2, XXVI, 6. Cf. l. 2, 5 ib.)

Postquam potioris nominatio evanuerit, ex postulatoribus et nominatoribus unica classis exorta est.

---

(2) Cf. Gradenwitz, *Conjecturen — Tutor u. Curator* (in *Zeitschr. f. d. Privat. u. öffentl. R. d. Gegenw.*, XVIII).

(3) Schüler, *Ueber die Bedeutung d. Satzes: tutor personae, non rei vel causae datur*, Götting., 1891.

(4) Zocco-Rosa, *La legge Giulia-Tizia nella Parafrasi greca dello Pseudo-Teofilo* (in *Antol. Giurid.*, I — Cf. Bonamici in *Arch. Giurid.*, XXXVIII).

ceret, incumbere posset administrationi impuberis. Quare admittebantur causae excusationis, inter quas nonnullae etiam in praemium eius qui suscipere debuisset.

Cum vero neque deessent qui, per se capaces administrandi, libenter ultroque tutelae se offerrent, vel etiam in suscepta tutela male se haberent, ideo lex suspicionem ingessit circa eosdem et removendos putavit (1).

Quare in tutoribus haec regula valebat: omnes poterant esse tutores, nisi incapaces essent, vel, si capaces, excusarentur aut removerentur.

XXXII.

Tutor ad hoc dabatur, ut patrimonium impuberis administraret (a). Si prorsus incapax fuisset impubes, quia infans, tutor omnia, generatim loquendo, facere poterat, imo debebat; si iam actibus humanis par fuisset, tutor, generatim loquendo, ei adstabat auctoritatemque suam interponebat ad illius iudicium complendum (b).

(a) Si pupillus non auctore tutore contrahat, an naturaliter obligetur maxime disceptatur inter Doctores. Triplex praesertim sententia habetur: prima eorum qui affirmant (Savigny, Sintenis, Demangeat, Rudorff): altera eorum qui negant (Puchta, Windscheid, Namur): tertia eorum qui media via incedentes distinguunt inter contractus unilaterales et bilaterales, pro his solummodo adfirmantes (Vangerow, Machelard).

Prima communis est, et in pluribus textibus fundatur (l. 42 pr., XII, 2; l. 7, 1, XVIII, 5; l. 21 pr., XXXV, 2; l. 64, XXXVI, 1; l. 25, 1, XXXVI, 2; l. 43, XLIV, 7; l, 127, XLV, 1; ll. 2; 25, XLVI, 1; l. 1, 1, XLVI, 2. Cf. Gai. III, 176; par. 3 i. III, 29; l. 19, 4, XXXIX, 5; l. 1, 13, XLIV, 7). Altera fundatur in l. 41, XII, 6; l. 59, XLIV, 7.

(b) Gaius de interpositione tutoriae auctoritatis loquens ait: « Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri; post tempus vero, aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil agit » (l. 9, 5, XXVI, 8). Ulpianus autem ait interponi auctoritatem perfecto negotio (l. 25, 4, XXIX, 2).

Inter se discrepant valde interpretes in explicandis hisce duobus fragmentis. Qui conciliationem quaerunt, tamquam corruptam verborum seriem traducunt in fragmento Gaii, ita ut verbum *statim* post verbum *praesens* collocandum sit. Alii eamdem quaerentes conciliationem nihil mutandum esse censent, sed omnia prono alveo fluere contendunt. Sic ratiocinantur: negotium quod a pupillo gerebatur, iure non valebat nisi tutor auctor fieret; auctorem autem fieri significabat probari ab eo et confirmari, ideoque vim omnem haec auctoritas tribuebat. Itaque opus erat, ut aliquod esset negotium quod probari confirmarique posset; quod utique tunc dici poterat, cum gestum erat, seu, uti Ulpianus ait, perfectum sive relate ad pupillum sive relate ad contrahentem cum pupillo, qualis e. g. dicebatur emptio venditio simul atque inter utrumque de re et pretio conventum fuisset. Statim post interponenda erat auctoritas. Sed quia plurimum intererat tuto-

(1) Vollenhove, *De suspecto tutore et curatore*, Leida, 1732 — D' Hauw, id., Magdeburg, 1841 — Circa publicam accusationem suspecti tutoris cf. Paalzow, *Zur Lehre v. d. röm. Popularklagen*, Berlin, 1889 — Garbasso, *Delle azioni popolari nel dir. antico e nel dir. moderno*, Casale, 1892.

Quoad personam pupilli curam indirectam habebat, quatenus scilicet alimenta praestaret quoad corpus et vigilantiam in educatione quoad animum; directa cura seu educatio pupilli alteri committebatur praesertim propinquis, inter quos primum locum mater obtinebat.

Triplex ergo officium tutoris: vigilantia in educatione, bonorum administratio, auctoritatis interpositio.

Quod si plures tutores eiusdem pupilli fuissent (c), iuxta regulam omnes administrare poterant omnesque in solidum de administratione tenebantur si ipsa indivisa fuisset; si divisa, unusquisque pro parte sua. Fere semper autem, utilitate suadente, uni ex iis committebatur universa administratio, sive ex testatoris, sive ex partium, sive ex magistratus dispositione. Tutores qui non administrabant tunc vocabantur *honorarii.*

Interdum quin sibi tutela delata esset bona impuberis quis administrabat; hic erat ex una parte simplex negotiorum gestor; ex altera vero subiici oportebat obligationibus veri tutoris. Appellabatur *protutor.*

Denique quis poterat se ingerere mala fide in administratione bonorum impuberis, quin vocatus esset: tunc lex contrahentibus extraneis providere debuit, qui id ignorassent. A romanis appellabatur *falsus tutor.*

XXXIII.

Cessante fine, tutela cessare debebat; hinc adveniente pubertate pupilli haud amplius necessarius erat tutoris concursus ad perficiendum illius iudicium.

Praeter hunc casum generalem plures alii speciales aderant, in quibus tutela cessabat ante pupilli pubertatem, scilicet si disparuisset subiectum tutelae activum, nempe tutor, aut passivum, nempe pupillus.

rem esse praesentem cum negotium gereretur, ideo Gaius commemorat tutorem in ipso negotio praesentem. Quare si Ulpiani verba post Gaii verba subiicerentur, perfecta oratio exurgeret: « Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri perfecto negotio »; scilicet tutor, qui praesens fuit in ipso negotio, debebat auctor fieri statim perfecto negotio. Quod verbum *statim* simul coniungi debeat cum verbis *perfecto negotio*, illa quae sequuntur penes Gaium evidenter confirmant: « post tempus vero etc. ».

(c) Iam ab initio tutores legitimi insimul agere debebant (Ulp. XI, 26; Cic. *pro Flacco*, 34); non vero testamentarii. Iure autem iustinianeo unicus casus est, in quo omnes tutores, sive legitimi sive testamentarii, auctoritatem praestare tenerentur, nempe si pupillus in adrogationem se dare voluisset (l. 5 C. V, 59).

Quapropter non amplius erat locus prosecutioni tutelae ex parte tutoris, si hic mortuus fuisset sive naturaliter aut civiliter, sive remotus esset: ex parte pupilli pariter, si mortuus fuisset sive naturaliter aut civiliter, sive per adrogationem alterius potestati subiiceretur.

Tutela finita ratio administrationis tutelae reddenda erat. Si quid pupillo aut tutori deberetur, actionibus (1) locus erat in casu quo non praestaretur voluntarie. Hinc pupillo *actio tutelae directa* et tutori *actio tutelae contraria*. Lex vero sedulo munivit impuberem contra tutorem (2), et praeter actionem praedictam alia remedia concessit, nempe *actionem de rationibus distrahendis* (a) specialiter in tutorem qui male conversatus esset quoad administrationem; *privilegium exigendi,* cui posterius successit *hypotheca legalis.*

Ceterum pupillo cavebatur tum per obligationes quas tutor contrahebat in ipsa susceptione tutelae, nempe *iuramenti, satisdationis, inventarii confectionis:* tum per facultatem persequendi praeter personam tutoris, alias personas quae aliquo modo tenebantur de istius administratione, idest nominatores tutoris, fideiussores, haeredes, imo magistratus.

In casu plurium tutorum, tutores honorarii poterant quoque obligari, quia invigilare debebant ne quod damnum pupillo obveniret.

XXXIV.

Iure romano non solum aetatis ratio habita fuit, sed etiam sexus: et eo modo quo impuberi, ita feminae olim tutor dabatur (a). Discrimen tamen aderat in duratione tutelae utriusque: prima, uti diximus,

(a) Quaeri hic potest an una actio alteram tolleret, cum plures competere possent, nempe tutelae, de rationibus distrahendis, furti. Contrariae inter se responsiones contineri videntur in ll. 1, 21, 22; 2, 1, XXVII, 3.

Iam vero solutio difficultatis fieri potest, si animadvertimus utrumque dici potuisse, scilicet altera alteram tolli, quatenus haberi ex secunda non poterat quod iam ex prima habitum erat; altera alteram non tolli, quatenus, praeter id quod in prima, peti poterat id quod plus erat in secunda (Cf. l. 41, 1, XLIV, 7; l. 1, XLVII, 7).

(a) Tutela feminarum erat ius quod cedi poterat aut vindicari (Ulp. XIX, 11). An fuerit quoque potestas valde dubitari potest.

(1) Tunk, *De actionibus quibus antiquo iure rom. dolus malus tutoris vindicatus est*, Gronin., 1841.

(2) Coilland, *Des garanties accordées aux pupilles contre la gestion des tuteurs*, Paris, 1894.

cessabat cessante aetate impubertatis; altera non, quia numquam causa cessabat, scilicet sexus. Tutela ergo feminarum erat perpetua (1).

Dabatur hic pariter vel in testamento vel a lege vel a magistratu: proinde tutela testamentaria, legitima, dativa.

Causa fictitia cur in tutela collocarentur feminae erat fragilitas sexus: causa vera, ratio agnationis, ne bona extra ipsam disperderentur. Hinc feminae capacitas iuridica multo maior capacitate iuridica impuberis, tutorisque officium eo reducebatur ut solummodo interponeret auctoritatem in negotiis gravioris momenti, quin posset administrare. Quando ratio agnationis defecit, etiam feminarum tutela evanuit.

CURA.

XXXV.

Pubes erat homo perfectus non solum quoad naturam, sed etiam quoad ius, quod penes romanos fere semper naturam imitabatur.

Attamen denegari non potest quod, licet cum perfectione corporis pubes perfectionem quoque de se habeat animi, huius facultatis exercitio nondum assuetus videatur, sed fraudibus facillime obnoxius, prout exempla quotidiana docent.

Revera, licet homo in societate humana egeat perfectione iudicii ut a legislatore recognosci posset veluti membrum eiusdem societatis independens, hoc potius pertinet ad rigorem iuris tam naturalis quam civilis. Sed non est qui nesciat fundamentum vitae socialis praecise experientiam adesse, qua deficiente homo inveniet saepissime pericula, ubi iura quaerere sibi blanditur. Et experientia toto coelo a scientia differt, si ad rerum vicissitudines animum intendimus: illa ad praxim, haec vero ad theoriam simpliciter pertinet.

Hinc est quod legislatio romana (1) praevidens et providens, omnibus hisce rite perpensis, aetatem quamdam constituerit in qua huic puberi succurrendum fuisset. Haec aetas appellabatur *minor.*

---

(1) Van Maanen, op. cit. XXI n. 1 — Otto, *Dissert. de perpetua fem. tutela* (Cf. quoque praef. T. IV, *Thes. iuris civ.*) — Circa historiam: Savigny, *Beitrag zur Gesch. d. Geschlechtstutel*, 1817.

(1) Hetzer, *Dissert. ad legem Plaetoriam*, Lips., 1749 — Brauning, *Disput. ad legem Plaetoriam*, Lips., 1767 — Höpfner, *De lege Plaetoria et cura minorum*, Lips., 1777 — Costa, *Della data della lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium* (in *Boll. Istit. dir. rom.* II).

Minori succurrebatur non solum per restitutionem in integrum, (2) (a) sed etiam per defensorem ipsius inexperientiae, scilicet per *curatorem* (3) (b).

Omnes poterant eligi curatores, qui etiam tutores esse potuissent. Et quia legislatori romano haud necessarium fuit, ut sollicitus esset de bonis puberis, utpote qui ipse sibi cavere valeret, ratio apparet cur admissi non fuerint curatores testamentarii et legitimi, sed solummodo dativi.

Curatoris (4) officium non erat animum complere per auctoritatis interpositionem, sed simpliciter consensum praestare in quibusdam

(a) Lex Plaetoria cavit quominus adolescentes propter inexperientiam aetatis fraudibus obnoxii essent. Quaeritur num esset actio popularis adversus illum qui insidias parasset in adolescentem, et disputatur. Sed et disputatur num actio quaedam exurgeret ex ipsa lege: nam solummodo certum est legem Plaetoriam publicam comminasse poenam contra deceptores adolescentium (Cic. *de off.*, III, 15; *de nat. deor.*, III, 30), et remedium seu exceptionem comparasse.

Denique disputatur num ex lege Plaetoria datio curatoris descenderit vel potius ex praxi a iurisprudentibus inducta.

Circa tempus quo lata fuit pariter non sunt doctores concordes. Ex Plauto videtur anno 56 tribuenda (Costa, *Della data della lex Plaetoria* etc. in *Boll. Ist. dir. Rom.*, II, 72).

Legis Plaetoriae officium praetori quoque optimum visum est, qui adolescentem tuendum suscepit, ipsique remedia concessit, nempe exceptionem legis Plaetoriae, concessionem curatoris, in integrum restitutionem.

Hoc remedium restitutionis in integrum maxime adlaboratum fuit, ne extra fines nimis vagaretur (Cf. D. IV, 1 et 4). Concessum erat etiam in casu quo nulla fraus adfuisset (l. 1, 1, IV, 4); imo ab imperatoribus fuit concessum quoque in casu, quo consensus curatoris extitisset (ll. 2; 3 C. II, 25).

(b) Quo sensu dicendum sit quod Marcus Aurelius perpetuum constituerit curatorem minoribus non satis constat apud omnes interpretes. Sunt enim in fontibus clarissima fragmenta, ex quibus apparet minorem invitum cogi non posse ad curatorem accipiendum (par. 2. i. I, 23. Cf. l. 2, 4, XXVI, 6).

Communiter admittitur Marcum Aurelium non imposuisse, sed concessisse hunc perpetuum curatorem (Cf. de hac quaestione Savigny, *Von dem Schutz der Minderjährigen*, in *Zeitschr. f. geschicht. Rechtwiss. X*).

Denegari tamen non potest quod in fontibus iuris difficultas oriatur ex eo quod in quibusdam locis omnes minores tamquam curae subiecti traducuntur (Gai. *Epit.* I, 8; Ulp. XII, 4; par. 1, i. I, 23; ll. 1, 3; 3, pr., IV, 4), in quibusdam aliis libertas iisdem conceditur curatorem petendi (par. 2 i. I, 23; l. 43, 3, III, 3; l. 13, 2, XXVI, 5; l. 2, 4, 5, XXVI, 6; l. 36, 1, XXVII, 1; l. 6 C. V, 31). Quam difficultatem aliter alii solvunt. Sunt qui affirmant in prioribus locis de minoribus agi, qui tales effecti sunt per egressum a tutela adveniente pubertate; in hoc casu curatorem petere debebant propter redditionem rationum a tutelae faciendam, et ipse curator, semel datus, usque ad maiorem aetatem perseverabat. E contra in aliis locis sermo est de illis qui sui iuris efficiebantur cum iam puberes essent; in hoc casu curator nullus erat, neque proinde obligatio petendi.

(2) Bouland, *De la restitution in integrum accordée aux mineurs de vingt-cinq ans en droit rom.*, Dijon, 1888 — Tortori, *La restitutio in integrum rispetto ai minori* (in *Antol. Giurid.* V).

(3) Höpfner, op. cit. sup. — Audibert, *Comment la curatelle légitime se transforme en curatelle dative dans le dernier état du droit rom.* (in *Nouv. Révue histor. de droit franç. et étrang.* XV) — Id., *Les deux curatelles des mineurs en droit rom.* (ib. XX) — Savigny, *Von d. Schutz d. Minderyährigen* (in *Zeitschr. f. geschichtl. Rechtwiss.* X).

(4) Cf. Gradenwitz, op. cit. XXX n. 2.

gravioribus actibus minoris (c). Cura finita pariter rationem reddere (d) debebat curator proprii officii (5); poterat etiam removeri uti suspectus (6).

XXXVI.

Simul cum minoribus pietas erga illos, qui in miserrima conditione animi vel corporis versarentur, postulabat ut lex provideret. Nam maior quoque poterat tali morbo animi aut corporis laborare, ut nisi sibi succurreretur, in maxima damna incurreret.

Itaque romani subsidium non denegarunt, et curatorem assignaverunt furioso, (1) (a) prodigo, (2) (b) fatuo, (3) surdo et muto etc. Quos inter tamen distinctio fieri oportuit: non enim idem officium curatoris pro singulo. Regula erat, ut curator adesse deberet eo modo

(c) Communiter doctores admittunt quod minor absque curatore se obligare non posset. Contra hanc sententiam apertis verbis pugnat l. 101, XLV, 1, ad cuius vim effugiendam variae quaeruntur responsiones. Sunt qui imperfectam hanc legem dicunt; non enim *possunt*, sed *non possunt* ibidem legendum esset. Alii dicunt quod solummodo comparatio fit inter pupillos et minores; pupillus *non potest* se obligare absque *auctoritate* tutoris, minor autem *potest*. Aliud tamen est quod possit se obligare sine *consensu* quoque curatoris.

Tandem sunt qui prorsus reiiciunt sententiam communem, et dicunt quod revera minores obligari possent, et praeter legem allatam citant l. 43, XLIV, 7; l. 141, 2, XLVI, 1 (Arg. ex l. 7 pr., 1, 2, IV, 4; l. 3, 2, XIV, 6; l. 1, 14, XXXVI, 1; l. 2, 1, L, 12; l. 3 C. II, 22; l. 12 C. VI, 30).

(d) Sunt qui opinantur tempore classicae iurisprudentiae adversus curatores fuisse actionem directam negotiorum gestorum, quae dein utilis effecta est (l. 9, 4, XV, 1; l. 17 C. II, 18; l. 7 C. V, 51). Ita Wlassak et Alibrandi.

(a) Furiosus in iure romano distinguebatur a mente capto seu demente (l. 8, 1, XXVI, 5; l. 6, XXVII, 10; l. 28 C. I, 4; l. 25 C. V, 4; l. 28, 1 C. V. 37).

(b) Prodigus olim videtur quod appellatus fuerit *nepos*, et rationem affert Porphirius: « nepotem veteres ut prodigum ac luxuriosum dicebant, quia revera solutiores delicatioresque vitae solebant esse, qui sub avo nutriebantur » (Porph. *Hor. Ep.* I, 34). Successit dein alia appellatio: *is, cui bonis interdictum est* ». Tandem appellatus fuit *prodigus*.

Magna in administratione limitatio illi constituebatur. Non poterat alienare (l. 10 pr., XXVII, 10), neque stipulari, obligari, solvere, neque testamentum facere (Ulp. XX, 13; l. 39, XII, 6; l. 10 pr., XXVII, 10).

(5) Alibrandi, *Dell' azione che davasi secondo l' antico diritto contro i curatori* (in *Bollet. Istit. dir. rom.* II).

(6) Cf. sup. XXXI n. unica.

(1) Cf. sup. V n. 3.

(2) Audibert, *Essai sur l' hist. de l' interdiction et de la curatelle des prodigues en droit rom.*, Paris, 1890 — Id. *Études sur l' hist. du droit rom. I. La folie et la prodigalité*, Paris, 1892 — Appleton, op. cit. V n. 3 — Massebiaux, *Étude sur la condition jurid. du prodigue et du faible d' ésprit en droit rom.*, Paris, 1893 — Bouvier, op. cit. V n. 3 — Audibert, *Du curateur donné par testament au prodigue en droit rom.* (in *Nouv. Révue histor. de droit franç. et étrang.*, XV.)

(3) Massebiaux, op. cit. sup. Hardeland. op. cit. V n. 3.

et iis negotiis, in quibus iudicium illius, qui morbo laborasset, deficere videretur, et non amplius. Si ergo de furioso ageretur, cum ipse compararetur infanti, omnia curator gerere debebat; si de prodigo, e contra, quia prodigus magis comparabatur impuberi. Et sic de coeteris.



INDEX GENERALIS

PARS PRIMA (pp. 1-183)

TRACTATUS I. — DE IURE PERSONARUM (pp. 3-41).

PARS SECUNDA (pp. 185-247)

DE IURE PERSONARUM (pp. 185-201).

PERSONA PHISICA (pp. 187-199).

PERSONA IURIDICA (pp. 199-201).

DE IURE FAMILIAE (pp. 201-224).

NUPTIAE (pp. 201-214).

DOS (pp. 214-224).

DE IURE POTESTATIS (pp. 224-238).

POTESTAS MARITALIS (pp. 224-226).

POTESTAS PATRIA (pp. 226-231).

POTESTAS DOMINICA (pp. 231-237).

POTESTAS MANCIPII (pp. 237-238).

DE IURE TUTELAE ET CURAE (pp. 239-247).

TUTELA (pp. 239-244).

CURA (pp. 244-247).



INDEX SPECIALIS

Consulto omisimus tabulam de mendis typographicis, aliisque inadvertenter e calamo excisis. Putamus enim quod haec tabula, si in cuiusdam generis operibus necessaria est, puta in operibus paleographicis, in aliis fere otiosa videatur; lector enim, dum mendas inveniet, facile ex sermonis contextu vel ex verbi natura corrigere potest. E. g. si in pag. 170 legitur « *actio de actionibus distrahendis* », ex contextu sermonis quis corriget « *actio de rationibus distrahendis* »: si in pag. 189 n. *a* legitur « *penduellem* », ex verbi natura corriget « *perduellem* ». Et ita porro.

Ceterum libenter veniam a lectore petimus.

